

FERDINANDO SCREMIN NETO
LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR
(Coordenadores)

TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS



TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS

Ferdinando Scremin Neto
Luiz Manoel Gomes Junior
(Coordenação e organização)

TUTELA COLETIVA DE DIREITOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS



Belo Horizonte
2025

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jean Carlos Fernandes
André Cordeiro Leal	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jorge M. Lasmar
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Rodrigues de Freitas Junior	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Edson Ricardo Saleme	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Eliane M. Octaviano Martins	Nelson Rosenvald
Emerson Garcia	Renato Caram
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Florisbal de Souza Del'Olmo	Rodolfo Viana Pereira
Frederico Barbosa Gomes	Rodrigo Almeida Magalhães
Gilberto Bercovici	Rogério Filippetto de Oliveira
Gregório Assagra de Almeida	Rubens Beçak
Gustavo Corgosinho	Sergio André Rocha
Gustavo Silveira Siqueira	Sidney Guerra
Herta Rani Teles Santos	Vladmir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2025.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial: Cumbuca Studio
Imagem de Capa: Danilo Jorge
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Ebook: Cumbuca Studio

341.4 Tutela coletiva de direitos e processos estruturais / [Coordenado por] Ferdinando Scremin Neto [e]
T966 Luiz Manoel Gomes Junior. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2025.
2025 208 p.

ISBN: 978-65-5929-663-7
ISBN: 978-65-5929-659-0 (E-book)
Vários autores.

1. Direito processual. 2. Dano processual. 3. Acesso à justiça. 4. Litigância de má-fé. 5. Processo estrutural.
6. Danos sociais – Reparação. 7. Juizado especial cível. 8. Ativismo judicial. 9. Exclusão digital. 10. Processo
administrativo previdenciário. I. Scremin Neto, Ferdinando (Coord.). II. Gomes Júnior, Luiz Manoel (Coord.).
III. Título.

CDDir – 341.4
CDD (20. ed.) – 344.0189

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2025

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos a obra *Tutela Coletiva de Direitos e Processos Estruturais*, por nós coordenada. Reunindo estudiosos de diversas instituições e tradições de pesquisa, a coletânea reflete o dinamismo do processo civil contemporâneo e o papel crescente das tutelas coletivas e dos processos estruturais na concretização de direitos fundamentais, na racionalização institucional e no enfrentamento de problemas de alta complexidade.

Os artigos que integram este volume demonstram, de forma clara e crítica, como a processualidade moderna exige novas lentes para a compreensão dos conflitos coletivos e estruturais, aliando técnica, responsabilidade democrática e sensibilidade para as transformações do Estado e da sociedade. A obra evidencia que a tutela coletiva brasileira amadurece e se reinventa continuamente, tanto na perspectiva da dogmática quanto na prática jurisdicional.

O primeiro capítulo, *Litigância de Má-Fé, Dano Processual e Acesso à Justiça*, elaborado por Ferdinando Scremin Neto, Luiz Manoel Gomes Júnior e Alex Matoso Silva, examina a responsabilidade decorrente de condutas processuais desleais e os impactos dos abusos na efetividade do direito de acesso à justiça. Os autores analisam o dano processual, a probidade como vetor ético do processo e o papel das sanções como mecanismos de contenção de comportamentos abusivos.

No capítulo seguinte, *Processo Estrutural e Justiça Multiportas*, Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez desenvolvem uma reflexão fundamental sobre a existência de processos estruturais judiciais e extrajudiciais, destacando a articulação institucional necessária para a solução de problemas complexos e contínuos. O texto consolida a compreensão do processo estrutural como instrumento flexível, colaborativo e apto a produzir decisões reestruturantes.

No terceiro capítulo, *Reparação de Danos Sociais por Meio do Processo Estrutural*, Vanessa Yume de Souza Dinizz, Diego Bianchi de Oliveira e Carlos Eduardo Malinowski discutem a responsabilidade por danos sociais e a capacidade do processo estrutural de enfrentar violações que ultrapassam a esfera individual. A partir de uma abordagem conceitual e prática, os autores demonstram como situações de impacto coletivo podem ser tratadas de modo mais efetivo por mecanismos estruturantes.

O capítulo seguinte, *O Acesso à Justiça e a Impossibilidade do Preso ser Parte no Juizado Especial Cível*, de Rafael Rodrigues Coelho Belo e Luiz Manoel Gomes Júnior, debate importantes limites estruturais do sistema de justiça e destaca a necessidade de compatibilizar garantias constitucionais com a operacionalidade dos juizados especiais.

Em *O Provimento Estrutural à Luz do Tema 698/STF: Entre Medidas Gerais e Específicas*, Davi Reis Salles Bueno Pirajá e Maria Carolina Silveira Beraldo analisam o precedente paradigmático do STF e suas repercussões na atuação judicial em políticas públicas. O texto propõe leituras que conciliam deferência institucional, efetividade e segurança jurídica.

No sexto capítulo, *Processo Estrutural e Medidas Executivas Atípicas*, Jussara Nasser Ferreira e Ferdinando Scremin Neto exploram a utilização de meios executivos não tradicionais em contextos estruturais. O estudo evidencia a necessidade de respostas mais flexíveis, proporcionais e orientadas ao resultado, especialmente quando a execução envolve obrigações complexas.

O sétimo capítulo, *Mandado de Injunção: Concretização de Direitos Fundamentais versus Ativismo Judicial*, assinado por Luciano Roberto Del Duque, discute a concreção de direitos e liberdades fundamentais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania na via do instrumento em cotejo, notadamente em face da mora dos demais poderes e do dilema do ativismo judicante.

Já em *A Ação Popular e o Controle de Validade das Leis: Aspectos Relevantes*, Valter Sarro de Lima e Flávia Estante Toesca revisitam o papel histórico e atual da ação popular, destacando sua função democrática e seu potencial de controle, especialmente diante de atos legislativos que afetam interesses difusos.

No nono capítulo, *Princípios Processuais Coletivos – Uma Construção Necessária*, Paulo César Nunes da Silva e Samária França Maciel Zagretti recuperam os fundamentos principiológicos da atuação coletiva e defendem uma sistematização mais sólida das bases normativas que estruturam o processo coletivo contemporâneo.

Por fim, em *Exclusão Digital e Acesso à Justiça: Desafios do Processo Administrativo Previdenciário no INSS*, Bruno Smolarek Dias, Fabricio Batista de Souza e Luiz Manoel Gomes Júnior analisam como a digitalização impacta desigualmente os cidadãos e como a ausência de inclusão tecnológica pode comprometer o

direito fundamental de acesso à justiça em processos administrativos de alta relevância social.

A obra reafirma a centralidade das tutelas coletivas e dos processos estruturais no direito processual brasileiro e convida o leitor a uma reflexão crítica sobre o papel das instituições na construção de soluções duradouras, democráticas e socialmente responsáveis. Agradecemos aos autores pela dedicação e rigor acadêmico, certos de que este volume contribuirá para o aprimoramento do debate e para a formação de uma cultura processual mais comprometida com a efetividade dos direitos e a transformação das realidades complexas.

Boa leitura!

Ferdinando Scremin Neto
Luiz Manoel Gomes Junior

SUMÁRIO

1 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, DANO PROCESSUAL E ACESSO À JUSTIÇA.....	1
Ferdinando Scremin Neto, Luiz Manoel Gomes Junior e Alex Matoso Silva	
2 PROCESSO ESTRUTURAL E JUSTIÇA MULTIPORTAS ..	21
Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez	
3 REPARAÇÃO DE DANOS SOCIAIS POR MEIO DO PROCESSO ESTRUTURAL	43
Vanessa Yume de Souza Dinizz, Diego Bianchi de Oliveira e Carlos Eduardo Malinowski	
4 O ACESSO À JUSTIÇA E A IMPOSSIBILIDADE DO PRESO SER PARTE NO JUÍZADO ESPECIAL CÍVEL	65
Rafael Rodrigues Coelho Belo e Luiz Manoel Gomes Junior	
5 O PROVIMENTO ESTRUTURAL À LUZ DO TEMA 698/STF: ENTRE MEDIDAS GERAIS E ESPECÍFICAS	81
Davi Reis Salles Bueno Pirajá e Maria Carolina Silveira Beraldo	
6 PROCESSO ESTRUTURAL E MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS	97
Jussara Nasser Ferreira e Ferdinando Scremin Neto	

7 MANDADO DE INJUNÇÃO: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS ATIVISMO JUDICIAL.....	107
Luciano Roberto Del Duque	
8 A AÇÃO POPULAR E O CONTROLE DE VALIDADE DAS LEIS: ASPECTOS RELEVANTES	137
Valter Sarro de Lima e Flávia Estante Toesca	
9 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS COLETIVOS – UMA CONSTRUÇÃO NECESSÁRIA	149
Paulo César Nunes da Silva e Samária França Maciel Zagretti	
10 EXCLUSÃO DIGITAL E ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO NO INSS	175
Bruno Smolarek Dias, Fabricio Batista de Souza e Luiz Manoel Gomes Junior	

CAPÍTULO I

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, DANO PROCESSUAL E ACESSO À JUSTIÇA

Ferdinando Scremin Neto ¹
Luiz Manoel Gomes Junior ²
Alex Matoso Silva ³

1 INTRODUÇÃO

O processo é, por definição, instrumento ético voltado à pacificação dos conflitos sociais, onde todo código positivado, especialmente às normas processuais, descrevem uma conduta às partes, bem como aos seus procuradores.

-
- ¹ Doutor em Direito Empresarial (UNINOVE) e em Função Social do Direito (FADISP). Pós-doutorando em Direito Empresarial (UNICURITIBA). Especialista e laureado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Mestrando em Direito Processual e Cidadania. Aprovado em concursos públicos para Juiz Substituto nos Estados de Alagoas, Paraná e São Paulo. Foi Delegado de Polícia em Mato Grosso, Analista processual do MPU, Técnico Judiciário do TRF-4. Professor no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Paranaense (Unipar-PR), do Curso Damásio e na Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Atuou como Advogado. Aprovado em diversos concursos públicos em todos os níveis (federais, estaduais, municipais). Lecionou junto à SENASP/MJ em cursos voltados ao aperfeiçoamento de policiais civis em todo o País. Juiz de Direito no Paraná. E-mail: ferdinandopretor@bol.com.br
- ² Pós-Doutor em Direito pela USP (FDRP). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor Titular no Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNPAERP), Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar-PR) e Professor Colaborador nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UIT-MG). Consultor da Organização das Nações Unidas e Relator da Comissão Especial do Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (2009/2010). Atuou como Pesquisador do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2014/2015). Advogado e Parecerista. luizm@luizmconsultoria.com.br
- ³ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna – UIT. Especialista em Direito Público – PUC/Minas Gerais. Juiz de Direito – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. alexmatososilva@gmail.com

Nesse sentido, pontua Ada Pellegrini Grinover (*apud* Rui Stoco, 2002, p. 14), com escólio em Rui Stoco, que o processo, antes de tudo, visa adotar normas que coíbem o abuso do processo, propondo uma conduta que todas as partes devem seguir, inclusive, seus procuradores.

De fato, não apenas as normas jurídicas informam o processo, mas igualmente as regras de conduta, princípios éticos conformadores do agir processual das partes, terceiros e demais interessados na lide.

O processo é antes de tudo um instrumento em que deve preponderar a ética, a colaboração e a probidade processual, aqui no sentido de honestidade e vinculação à verdade. De outro lado, é a partir dessa ideia de probidade processual que deve ser entendida a boa-fé, vetor de todo sistema jurídico, cujos deveres laterais e anexos impõem obrigações positivas (deveres de conduta, regras e normas de cumprimento imperativo) e negativas (abstenções inerentes a condutas vedadas, espaiadas não só no direito processual, mas em todo o sistema jurídico vigente).

Os riscos do processo não podem ser suportados a quem não lhe deu causa; ao contrário, as figuras do assédio processual ou do uso abusivo do processo, suportados pela parte inocente, que a despeito de suportar todos os ônus processuais, sofre prejuízos inerentes aos abusos da parte contrária, merecem resguardar o direito à justa indenização.

A dinâmica do dano processual à luz dos deveres insculpidos no processo e a responsabilidade das partes frente aos atos de improbidade processual ou litigância de má-fé serão objeto do presente trabalho.

2 A PROTEÇÃO À BOA-FÉ

É da essência do direito a proteção à boa-fé, cujo malferimento pode traduzir-se em dano ilícito indenizável, seja na forma de dolo ou culpa, seja na via do abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

A boa-fé, com efeito, é postulado ético que se espalha por todo o ordenamento, genuína norma de conduta que demanda a justa expectativa de comportamentos adequados das partes em todas as fases processuais.

Nesse sentido, é o escólio de José Miguel García Medina (2020, p. 137):

A proteção à boa-fé objetiva é postulado ético imposto pelo ordenamento normativo, estendendo-se por todas as áreas do Direito. Trata-se de uma “norma de conduta”, e razão da qual se impõe àqueles que participam de uma relação jurídica “um agir pautado pela lealdade”.

Alerta Michele Taruffo (2020, p. 59) para a necessidade de se prevenir comportamentos contrários à “regra do jogo”, sob pena de restar caracterizado abuso do processo:

Referindo-nos mais uma vez às regras que norteiam a competição processual, convém recordar que já contém (...) um catálogo pormenorizado de situações em que a lei considera que a competição se deu de forma “incorreta”. (...) Pode-se dizer que este é o catálogo de situações em que se configuram abuso do processo, no sentido amplo de um comportamento contrário às “regras do jogo”.⁴

Para Fábio Caldas de Araújo (2016, p. 501), a parte que se opõe injustificadamente ao cumprimento da ordem judicial ou altera de modo ilegal o estado de fato do objeto litigioso desrespeita o Estado-Juiz e fere o pacto social que impõe o respeito ao processo e às decisões judiciais como forma de solução de conflitos.

De acordo com Luiz Manoel Gomes Júnior e João Paulo Souza Rodrigues (2016, p. 05):

(...) O indivíduo que demanda contra outrem atrai para si os ônus da responsabilidade pelo respeito à parte contrária, e pelo provimento judicial que persegue, respondendo, a despeito da intencionalidade, pelos prejuízos que causar à honra, à moral, à imagem ou ao patrimônio de outrem, porque tanto quanto a garantia de acesso à justiça, a proteção aos direitos da personalidade e ao patrimônio também tem estatura constitucional. Com efeito, o direito ao contraditório, à ampla defesa e de acesso à tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV e LV, CF/1988 (LGL\1988\3)) não afastam a responsabilidade civil por dano processual, na definição que defendemos, porque tais garantias não implicam transmutar o processo em um sistema de vale-tudo, em que tudo estaria permitido, em nome do exercício defensivo. Nessa lógica, não se afasta o acesso à justiça – ou ao processo, em sentido amplo –, mas o direito de contrapor os argumentos daquele contra quem se litiga, conhecer das provas, contribuir para produzi-las e delas poder se defender, não constitui imunidade, devendo ser reparada a conduta que causar dano.

Nesse sentido, Nancy Andrigui decidiu, em sede de Recurso em Habeas Corpus nº 99.606-SP, que:

A efetiva entrega dos resultados de direito material esperados por meio do processo ganha novas cores sob a égide do CPC/15, que passou a prever, de modo expresso, novas lógicas fundamentais, capazes de alterar significativamente os parâmetros vigentes na ordem processual revogada. (...)

Com efeito, uma plêiade de novos princípios foi estabelecida pelo legislador do Novo CPC com o propósito de garantir o direito das partes – e da sociedade

⁴ No original: *Facendo ancora una volta riferimento alle norme che regolano la competizione processuale, è opportuno ricordare che esse già contengono (...) un catalogo dettagliato delle situazioni in cui la legge considera che la competizione si è svolta in modo “scorretto”. (...) Si potrebbe dire che questo è il catalogo delle situazioni in cui si configura una buso del processo, nel senso ampio di un comportamento contrario alle “regole del gioco”.*

– de obter, em prazo razoável, a resolução integral do litígio, inclusive com a atividade satisfativa, conforme disposto no art. 4.º do referido diploma legal. Entre esses princípios, encontram-se interligados o dever de boa-fé (objetiva) processual e o de cooperação das partes com o processo e seu Resultado.

De fato, a boa-fé, portanto, vincula-se aos atos do processo, do comportamento das partes e ainda do manejo da máquina judiciária,

Nesse passo, a partir da noção da quebra de expectativa, do *dolo de causar dano*, ou, ainda, do dano causado, mesmo dentro do estigma da boa-fé, reside aí o dano processual, qual é sua natureza e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 O dano processual

Conceitua-se dano processual o decorrente dos atos praticados no processo, ao menos como regra geral. A gênese do dano, insista-se, é de ordem processual, e não contratual. Veda-se, inclusive, que as partes renunciem às sanções processuais previstas no CPC (Medina, 2020, p. 265), embora possam transacionar quanto aos efeitos financeiros dos danos e das condutas reputadas ímprobas.

Aliás, o próprio ajuizamento de uma demanda pode ser fonte de danos, como a *negativação* do nome do executado decorrente do simples ajuizamento de uma ação de execução de título extrajudicial.

Não obstante, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2022, p. RL-1.16) descreve que o dano *causado* pelo processo, isto é, *aquele dano em decorrência dos atos praticados do processo*, podem ser pleiteados pela parte que sofreu o dano:

A norma prevê a responsabilidade por dano processual por ato do litigante de má-fé. As eventuais perdas e danos ocorridas fora do âmbito do processo poderão ser indenizadas de acordo com o direito comum (*v.g.*, CC 186, 927 e 940). Para estas últimas, a má-fé processual não é requisito essencial, pois mesmo por culpa o ato da parte pode acarretar prejuízos extraprocessuais indenizáveis.

Dentro desse estigma, José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 6) descreve que não necessariamente é o litigante que vence ou perde o litígio quem causa o dano em questão, mas sim que:

A responsabilidade por dano processual não pressupõe necessariamente que o litigante seja vencido na causa ou no incidente. 15 O Código não faz qualquer referência, nesta Seção, ao sentido em que se julgue, para limitar a incidência das suas normas segundo tal critério; nisso coincide o sistema brasileiro com o colombiano. Logicamente, porém, nalgumas das hipóteses arroladas no art. 17 torna-se difícil, ou até impossível, cogitar de má fé do vencedor: ao autor vitorioso, por exemplo, jamais se há de imputar o haver deduzido pretensão sem fundamento, nem portanto (a fortiori) pretensão cuja falta de Fundamento

não pudesse razoavelmente desconhecer (n. I); de maneira análoga, só quem foi vencido no incidente – ainda que vencedor no processo pode ser responsável nos termos do n. VII (embora se conceba, ao contrário, que o litigante proceda de modo temerário no incidente apesar de ter fundamento para suscitá-lo, e por conseguinte responda, mesmo vitorioso nele, segundo o n. VI).

De sorte que, demonstrado o dano processual, de matiz objetiva, nascerá para a parte inocente o direito à *restitutio in integrum*, isto é, à indenização por perdas e danos, uma vez que o que se deve privilegiar, em um ordenamento jurídico, é, antes de tudo, a segurança jurídica:

O processo civil é um “jogo” no qual o campo é delimitado pela petição inicial, pelas causas de pedir e pelo pedido. O réu tem o direito de participar desse jogo com regras claras e precisas. Portanto, uma aparentemente singela regra de direito processual (a congruência), pelo que se viu, é também, além do contraditório, a extração lógica de um fundamento valoroso do constitucionalismo moderno e da noção atual de Estado de direito: a segurança jurídica (Moreira; Gomes Junior; Chueiri, 2022, p. 444).

Para Lopes da Costa (1958. p. 59), o caso é de responsabilidade objetiva, uma vez que preconiza no campo dos danos gerado pelas ações assecuratórias:

A ação assecuratória é provisória. Daí importa que seja exercida, de regra, a risco e perigo do autor, quer dizer, que o autor, em caso de revogação ou desistência, seja responsável pelos danos causados pelo despacho, tenha ou não tenha culpa.

No mesmo sentido são as lições de Ferruccio Tommaseo (1983. p. 268):

(...) ora, na hipótese em que a medida de urgência perde a eficácia, mesmo quando – reitera-se – o direito de tutela que lhe foi concedido venha a ser inexistente no julgamento de mérito, a parte executada injustamente tem o direito de propor as ações de repetição ou indenização (...). Deste modo, com sua fecunda experiência, o intimado realiza aquela *restitutio in integrum* que remedia o empobrecimento injustificado de seu próprio patrimônio.⁵

Não obstante, há de se recordar o elemento da cláusula de boa-fé e lealdade processual – que deve ser analisado para a definição do abuso de direito processual, conforme explicitado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria De Andrade Nery (2022. p. RL-1.2):

⁵ No original: *Ora, nelle ipotesi in cui il provvedimento d'urgenza perde efficacia, anche quando – lo si ripete – il diritto a tutela del quale era stato concesso si rivela inesistente nel successivo giudizio di merito, la parte ingiustamente escussa ha il potere di promuovere le azioni di ripetizione o di ripristino (...). In tal modo, con il loro fruttuoso esperimento, l'intimato attua quella restitutio in integrum che pone rimedio all'ingiustificato impoverimento del proprio patrimonio.*

Ultrapassar os limites impostos pelas regras do CPC 5.º e 8.º caracteriza abuso de direito processual, em analogia com o disposto no CC 187. Constatado o abuso, caberá responsabilização da parte que abusa, de acordo com as regras do CPC 79 e 81. O CPC, a exemplo do CPC/1973, não apresenta uma definição do abuso de direito processual, mas se limita a arrolar os comportamentos que ensejam o reconhecimento da litigância de má-fé (...) Abuso do direito processual é ilicitude que se afere objetivamente, diferentemente da litigância de má-fé, que é aferível subjetivamente. O processo não é meio para permitir que a parte obtenha lucro desabusadamente maior do que a vantagem natural do exercício regular do direito que quer ver reconhecido com a demanda.

Deve-se ressaltar a dispensa da comprovação do animus do sujeito processual, conforme a Jornada I DirProcCiv STJ 1, na verificação da violação à boa-fé objetiva. Essa visão aparece nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni (2022, p. RL-1.2) “A ausência de boa-fé pode levar, conforme o caso, à ineficácia do ato processual contrário à boa-fé, à responsabilização por dano processual e inclusive à sanção pecuniária”.

No âmbito das medidas cautelares, sob a égide do CPC de 1973, Luiz Manoel Gomes Júnior e Ricardo Alves de Oliveira (2007, p. 5) descrevem que para que haja o dever de indenizar é absolutamente indiferente a boa ou a má-fé do requerente da medida cautelar, pois se presente essa – má-fé – haverá, também, a aplicação das regras contidas nos arts. 16 a 18 do mesmo Diploma Legal.

Isso porque a medida cautelar é obtida para a conveniência (cômodo) do requerente, devendo esse suportar a inconveniência (incômodo) de indenizar qualquer prejuízo causado, pois ao “(...) réu, sem culpa, é que seria sumamente injusto arcar com o dano causado pelo autor” (Gomes Junior; Oliveira, 2007, p. 5).

No âmbito do processo coletivo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná deu provimento a uma apelação cível, reconhecendo o dever estatal de indenizar a parte inocente por força dos prejuízos suportados por decisão liminar que determinou a proibição do cultivo em área cultivável, de 50 (cinquenta) hectares, até que se atestasse a inexistência de contaminação do solo. Não indicou o número do processo relator etc.

No caso em cotejo o pedido formulado na Ação Civil Pública acabou sendo julgado improcedente, revogando-se, *pari passu*, a liminar concedida. Apesar do recurso ministerial, o TJPR denegou provimento ao recurso de apelação à unanimidade de votos, transitando em julgado o Acórdão. Na ação indenizatória subsequente, entendeu-se que a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros se dá de forma objetiva, sem a necessidade de apontar dolo ou culpa de quem pratica o ato ilícito, segundo preceitua o artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Consta do voto condutor que o prejuízo do agricultor, no caso, evidenciou-se pelo fato de que, por força de liminar concedida em ação civil pública,

esteve por seis anos impossibilitado de auferir renda com a área em que plantava soja e milho.

O Estado do Paraná foi, então, condenado em segundo grau de jurisdição ao pagamento de lucros cessantes em virtude da interdição da área de 50 hectares para plantio de soja e milho, durante o período em que vigorou a medida liminar, a serem arbitrados na fase de liquidação), e ainda em danos morais fixados em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Aliás, no campo jurisprudencial a figura do *dano processual* ganhou novos contornos a partir do julgamento do REsp nº 1.817.845 – MS, no qual o STJ reconheceu o abuso do direito de ação e defesa, modalidade de ato ilícito passível de gerar direito à indenização, na modalidade de *assédio processual*. No caso concreto, foram ajuizadas sucessivas e repetitivas ações temerárias, desprovidas de fundamento idôneo, intentadas com propósito doloso de perpetuar a usurpação de terras agrícolas por quase 40 (quarenta) anos. Entendeu-se configurado dano moral, além dos prejuízos materiais a serem liquidados por arbitramento.

Consta do referido Acórdão, de lavra da Ministra Nancy Andrighi, que:

*(...) o ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O **chicaneiro** nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se **esconde**. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para **refrear** aqueles que **abusam** dos direitos fundamentais por mero capricho, por **espírito emulativo**, por dolo ou que, em ações ou incidentes **temerários**, veiculem **pretensões** ou **defesas frívolas**, aptas a tornar o processo um **simulacro de processo** ao nobre albergue do direito fundamental de acesso à justiça.*

A questão de fundo revelou a seguinte situação fática: o uso exclusivo da área albeia para o cultivo agrícola pelos 14 anos subsequentes ao trânsito em julgado da sentença proferida na primeira fase da ação divisória não pode ser qualificado como lícito e de boa-fé nesse contexto, de modo que é correto afirmar que, a partir da coisa julgada formada na primeira fase, os usurpadores assumiram o risco de reparar os danos causados pela demora na efetivação da tutela específica de imissão na posse dos legítimos proprietários.

Extraí-se do voto que os deveres de lealdade e probidade, exigidos das partes na Itália, bem como o dever de se portar conforme a verdade na Alemanha, e ainda da multa a quem oculta o paradeiro da parte adversa na Áustria, é igualmente presente nos países de tradição anglo-saxônica.

Outra conclusão que pode ser extraída do voto da Ministra Nancy Andrighi é a conclusão dada por Angelo Prata de Carvalho (2021, p. 339), ao observar que:

(...) assédio processual não é meramente acidental: trata-se de parâmetro relevante para a constatação do abuso de direito de ação, na medida em que consiste em figura voltada justamente a coibir estratégias processuais que, em seu conjunto, têm o condão de prejudicar determinado agente ao arrepio dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva – motivo pelo qual, aliás, a conduta sequer exige a demonstração de dolo.

Com efeito, e a partir do esboço histórico, revela-se oportuno anotar que a partir do *Vexations Actions Act*, de 1896, deliberou-se que todo aquele que, de forma habitual e persistente, intentasse processos sem motivos legítimos, poderia ser proibido pelo Alto Tribunal de Londres, a pedido do *Attorney General*, de intentar mais ações, a não ser que o Tribunal onde elas vão correr as autorize, depois de sumariamente examinar que não se trata de um novo abuso do autor” (Castro Filho, 1960. p. 67-68).

Nos Estados Unidos o abuso processual tornou-se conhecido na expressão *sham litigation*, no caso *Califórnia Motor vs. Trucking*, no qual, diz o voto, consignou-se, *pela primeira vez, que o surgimento de um padrão de processos infundados e repetitivos é forte indicador de abuso com aptidão para produção de resultados ilegais, razão pela qual essa conduta não está albergada pela imunidade constitucional ao direito de peticionar* (*Califórnia Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 1972).

No mesmo sentido, o *sham litigation*, segundo Prata de Carvalho (2021, p. 340), em conhecidos testes PRE e POSCO, determinando dois critérios (um objetivo e outro subjetivo) para a correta análise do *sham litigation* e da caracterização da má-fé:

Assim, a jurisprudência norte-americana desenvolveu uma série de testes para a verificação do *sham litigation*, destacando os conhecidos testes PRE e POSCO. O teste PRE, desenvolvido no âmbito do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49), tratou de firmar dois requisitos fundamentais: **(i)** *um subjetivo, referente à intenção de utilização de um procedimento estatal como instrumento para a implementação de objetivos ilícito* (no caso, anticompetitivos); e **(ii)** *um objetivo, que exige que os pleitos sejam objetivamente infundados* (*objective baseless claims*). O teste POSCO, por sua vez, questionou o requisito objetivo do teste PRE ao inferir que o sucesso ou os fundamentos legítimos de um pleito isolado não legitimam uma estratégia anticompetitiva como um todo, sendo necessário verificar, em perspectiva macroscópica, a legitimidade do padrão de conduta verificado no âmbito das diversas ações judiciais apresentadas

Ainda sobre o caso *Califórnia Motor Transport Co. V. Trucking Unlimited*, os demandantes conspiraram para monopolizar o transporte de mercadorias, ajuizando processos em cortes estaduais e federais para resistir e negar pedidos de aquisição e transferência dos direitos de operação dos réus, visando retirá-los do mercado, por meio de ações destrutivas e enfraquecedoras do sistema concorrencial. O caso inspirou a legislação *antitruste* nos Estados Unidos da América.

Em que pese o acesso à Justiça seja *direito fundamental estruturante do Estado Democrático de Direito*, devem ser reprimidos os abusos ao direito fundamental processual, do qual é espécie o direito de ação. Afinal, *garantias são destinadas justamente a evitar ou prevenir abusos*:

(...) abusos devem ser prevenidos justamente a fim de tornar efetivas as garantias, haja vista que procedimentos em que ocorrem abusos não correspondem aos padrões de lealdade e devido processo. Assim: garantias e ADP não se excluem (Hazard, 2009, p. 164-166).

Importante destacar o escólio de Roberto Rosas (1983. p. 4-5), para quem:

A demanda temerária é fruto do abuso, da exorbitância, que causa prejuízo ao demandado. E a atitude do *improbus litigator*, o litigante vai a juízo sabendo não existir razão (José Olímpio de Castro Filho, ob. cit., p. 91; Jean Carbonnier, Droit Civil, vol. 4,n. 97). Eduardo Espínola admite a indenização decorrente da lide temerária, quando a vítima é levada à Justiça por queixa ou denúncia caluniosa, cuja inocência foi proclamada (“Lide temerária. ou abuso de direito”, Pandectas Brasileiras – vol. 1, p.193). Há que se cuidar dessa tese radical. Nas questões calcadas em crime contra a honra, os seus efeitos são perniciosos ao acusado. No entanto, não se pode tirar ao autor da medida a mácula deixada pela atitude do sujeito ativo do crime. O Tribunal de Justiça de São Paulo não considerou abusiva a representação à autoridade policial, apontando fato verificado em sua materialidade, indicando os responsáveis aparentes pela sua prática. A absolvição final, não indicou qualquer procedimento aleivoso ou imprudente (RTJSP 9/53).

O assédio processual, porém, é mais grave do que a litigância de má-fé. É o dano processual qualificado. O caso concreto é eloquente: *o uso de área de 1.500 hectares, ocupada com base em procuração falsa, para o desenvolvimento de cultura agrícola, em flagrante prejuízos aos proprietários, por longas décadas, valendo-se, para atingir esse objetivo, de sucessivas e reiteradas ações judiciais desprovidas de fundamentação idônea*.

Não é demais lembrar que o abuso de direito também configura ato ilícito (art. 187 do Código Civil).

Preconiza Fábio Caldas de Araújo (2016) que, *em nosso sistema, uma vez configurada a situação de ‘improbus litigator’, nasce o direito de reparação por perdas e danos da parte prejudicada*.

Ressalte-se uma exceção à ideia de litigante de má-fé como causalidade direta do dano processual no disposto no Código de Processo Civil, em seu Art. 302, descrevendo a possibilidade da existência do dano processual com natureza *objetiva* não sendo, aqui, necessariamente, a figura do *improbus litigator*, mas sim, da parte que, mesmo pleiteando em boa-fé, conforme o próprio ordenamento jurídico, deve indenizar pelo dano causado à uma tutela antecipada não estabilizada, bem como uma liminar que não se confirmou em sentença.

A litigância, portanto, revela-se juízo de desvalor da conduta, de modo que a sanção por litigância deve ser imposta sem qualquer vinculação com o dano, sendo este pressuposto para a reparação.

Registre-se, ademais, que a responsabilidade pelo dano processual não pressupõe, necessariamente, seja o litigante ímprobo vencido na causa ou no incidente. De fato, o resultado da demanda não guarda obrigatoria correspondência à lisura e probidade que se esperam das partes.

De modo que, uma vez constatado ato imputável ao litigante ímprobo, terá lugar a aplicação das sanções previstas na legislação processual, sem prejuízo de ter de vir a indenizar a parte inocente.

3 VETORES NORMATIVOS DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Relativamente aos deveres das partes (art. 77) e à **litigância de má-fé** (arts. 79 e 80), o CPC contempla vetores normativos espalhados no texto, conforme se infere dos dispositivos a seguir:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Art. 536. (...) § 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Art. 702. (...)

§ 10. O juiz condenará o autor de ação monitória proposta indevidamente e de má-fé ao pagamento, em favor do réu, de multa de até dez por cento sobre o valor da causa.

§ 11. O juiz condenará o réu que de má-fé opuser embargos à ação monitória ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa, em favor do autor.

Art. 777. A cobrança de multas ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé ou de prática de ato atentatório à dignidade da justiça será promovida nos próprios autos do processo.

José Miguel Garcia Medina (2022) descreve que os deveres do art. 77 são consectários do princípio da boa-fé objetiva e decorrem da proteção à legítima confiança. Lembra a figura do *Contempt of Court* nos sistemas de *Common Law*, bem assim da figura do atentado (art. 77, § 7.º – inovação ilícita da situação de fato sobre a qual incida ou deva incidir algum ato ou decisão judicial), recordando ainda da possibilidade de cumulação das multas previstas no art. 77 do CPC e as de caráter coercitivo (art. 536, §1º e art. 537 do CPC). Nesse sentido é o **Tema 507 do STJ**, cuja tese firmada foi a seguinte:

A multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil tem caráter eminentemente administrativo – punindo conduta que ofende a dignidade do tribunal e a função pública do processo -, sendo possível sua cumulação com a sanção prevista nos artigos 17, VII e 18, § 2º, do Código de Processo Civil, de natureza reparatoria.

De fato, a indenização por litigância de má-fé tem natureza jurídica processual (norma de ordem cogente, impassível de transação pelas partes e de natureza bifronte – protege a um só tempo a relação jurídica e a coletividade), razão pela qual não é necessária a prova do prejuízo, consoante já decidiu o STJ⁶.

O critério adotado pelo Código de processo civil, dentro de um estigma de teoria do processo civil, é funcional, finalístico, para a caracterização ou não do exercício abusivo dos direitos processuais.

No paradigma do atual código de processo civil, passar-se-á pelas modalidades da litigância de má-fé, com o intuito de entender as naturezas da responsabilidade subjetiva e objetiva trazidas pelo texto da lei, respaldada pela jurisprudência dos tribunais superiores bem como os Tribunais de Justiça do país.

3.1 Modalidades de litigância de má-fé

A análise dos vetores normativos de conduta estabelecidos nos incisos I a VII do art. 80 do CPC permite sistematizar as hipóteses de litigância de má-fé em duas categorias: condutas subjetivas, e que demandam, por essa razão, análise de dolo ou culpa, e objetiva, nas quais a perquirição do elemento subjetivo é prescindível.

A primeira hipótese (art. 80, I do CPC) é de natureza objetiva: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. Isso porque a análise do texto legal ou dos fatos incontroversos são circunstâncias que não demandam elemento volitivo.

⁶ STJ – EREsp 1133262/ES, j. 03.06.2015, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

À guisa de exemplo, o e. Tribunal de Justiça do Paraná já reconheceu a carência de lisura processual na tentativa de adjudicação de imóvel ao arrepio das normas materiais e processuais vigentes, porque no caso os requerentes deduziram o pleito em nome dos herdeiros ao invés dos espólios, tentando burlar a regra do inventário e da representação do *de cujus*⁷.

A lei adjetiva, portanto, rejeita a pretensão ou defesa contra fato incontroverso (corolário do *venire contra factum proprium* ou comportamento contraditório), bem como a resistência injustificada ao andamento do processo, vedando, outrossim, o exercício abusivo dos direitos processuais.

Também o *abuso do direito de demandar* ou o *abuso do direito de estar em Juízo* podem caracterizar *assédio processual* e litigância de má-fé (Rosas, 1983. p. 166).

A segunda (art. 80, II do CPC), alterar a verdade dos fatos, é circunstância ontologicamente subjetiva e demanda a indicação de elementos de tendência de conduta. A *práxis revela* que a narrativas contraditórias, desviadas das provas carreadas aos autos e manifestamente distorcidas podem ensejar a conduta ímproba em cotejo – inclusive a tentativa de induzir o Juízo em erro sobre questão de fato sujeita a julgamento, *verbi gratia* a análise da tempestividade do recurso⁸.

Em outro julgado⁹, apontou-se como conduta desleal a solicitação de assistência judiciária gratuita a quem, fraudulentamente, busca direito indevido valendo-se do abuso de direito em relação à própria condição econômica para utilizar indevidamente a máquina judiciária.

A terceira e quarta hipóteses (usar do processo para conseguir objetivo ilegal e opuser resistência injustificada ao andamento do processo) são igualmente objetivas. Veja-se o exemplo do consumidor que vai a Juízo afirmando que nunca celebrou contrato com a ré, mas as provas acabam por revelar a contratação inequívoca e consentida. Nesse caso resta patente o desiderato de perseguir vim proscrito em lei, qual seja, o enriquecimento ilícito.

De igual sorte o consumidor que litiga danos morais em hipótese legítima de inscrição em cadastros restritivos de crédito. Além de alterar a verdade dos fatos, o objetivo da parte é notoriamente ilegal.

Em casos tais, o litigante vai a Juízo sabendo que não tem razão (Castro Filho, 1960).

A oposição de resistência injustificada ao andamento do processo já foi identificada em casos tais como o da recusa indevida à restituição dos autos, quando ainda físicos, depois de ter obtido as cópias necessárias¹⁰ e até mesmo

⁷ TJPR – 11ª Cívél – 0004056-26.2021.8.16.0000, j. 26.05.2021, Rel. Des. Lenice Bodstein.

⁸ STJ – AREsp n. 1.165.982/SP, j. 29.06.2018. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão.

⁹ STJ – AREsp n. 1.913.572, j. 09.08.2021. Rel. Min. Humberto Martins.

¹⁰ TJDF – AI 0714718-96.2017.8.07.0000, j. 14.03.2018, Rel. Des. José Divino.

no caso em que o embargante deixa de especificar as provas que reputa necessárias e depois irresigna-se contra o julgamento antecipado da lide, quando, à toda evidência, era o caso¹¹.

A quinta (proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo) subjetiva. As expressões adjetivadas de conteúdo deontológico estão a indicar a necessidade de se apontar a comprovação de dolo ou culpa grave da parte, isto é, do intento de obstaculizar o trâmite regular do processo, ajuizando incidentes irresponsáveis ou levianos, tendentes a chafurdar a ordem dos atos processuais, dilatando desnecessariamente o seu termo.

Por essa razão o TJPR já reconheceu a litigância de má-fé em condutas maliciosas e culposas (*afoitas, açodadas e anormais*), por meio de incidentes infundados, a exemplo do abuso no manejo de embargos declaratórios, tal como ocorre quando a *ratio decidendi* é impugnada, sob o pretexto de omissão, contradição ou obscuridade inexistentes, ao arrepio da essência do instituto e das respectivas hipóteses legais¹².

A sexta é de vetor objetivo (provocar incidente manifestamente infundado) porque, conquanto a expressão adotada pelo legislador possa conduzir a corolários de natureza subjetiva, o sopesar do incidente adequado ou infundado é de ordem objetiva, isto é, exige a análise direta dos dispositivos processuais vigentes. Nesse sentido já decidiu o STJ que *o uso abusivo do Mandado de Segurança* pode configurar litigância de má-fé (art. 80, VI do CPC), a exemplo da pretensão do autor relativa à anulação da arrematação que já fora por diversas objeto de análise em Juízo, tendo sido continuamente rejeitada em Primeiro e em Segundo Graus (em sede de agravo de instrumento, apelação, reclamação e mandado de segurança), inclusive com imposição de multa por litigância de má-fé¹³.

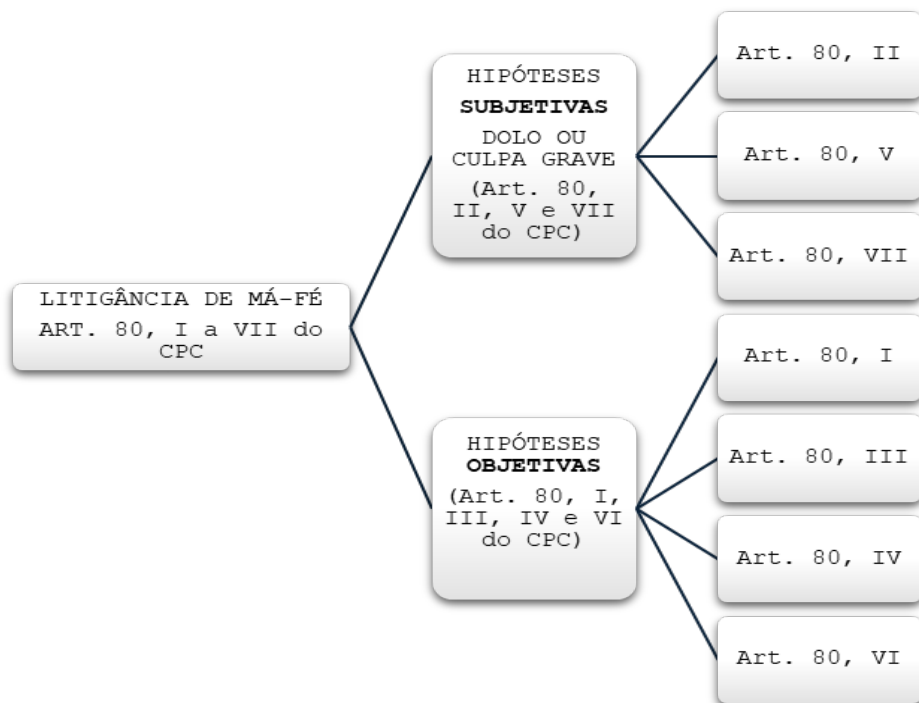
E, por fim, a sétima e última hipótese (interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório), requer a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) porquanto o manejo dos recursos previstos em lei, *per se*, não se revela litigância de má-fé.

Para melhor compreensão do tema foram sistematizadas as hipóteses legais no quadro abaixo:

¹¹ TJSP – AgInt 2019879-66.2017.8.26.0000, j. 24.04.2017, Rel. Des. Artur Marques.

¹² TJPR – EDs 0002044-60.2019.8.16.0145 – j. 04.12.2020. – Rel. Denise Hammerschmidt.

¹³ STJ – MS n. 25.474/DF, j. 19.05.2021, Rel. Min. Herman Benjamin.



Fonte: Elaborado pelos autores

O dever de boa-fé processual (art. 5º do CPC), preleciona Luiz Guilherme Marinoni (2017), decorre do direito fundamental ao processo justo, cláusula pétrea por força do art. 5º, LIV da CF.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 83), objetivamente a boa-fé é dever comportamental. Traz-se à baila os deveres laterais ou acessórios da boa-fé objetiva (*treu und glauben* – lealdade e confiança), explicitando que a boa-fé é a grande dama do Direito. Aliás, o Direito não pode surgir como violação de si mesmo (*equity must come with clean hands*), como lembra Luiz Guilherme Marinoni (*idem*), para quem o *desequilíbrio no exercício do direito revela, em seu conjunto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados*, resultando em três formas mais comuns de abuso ou exercício desequilibrado:

- (a) O exercício inútil danoso;
- (b) A desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem.
- (c) O sacrifício imposto pelo exercício do direito a outrem.

A teoria das mãos limpas (*clean hands*) é baseada na máxima de equidade a exigir que os tribunais neguem as pretensões violadoras da boa-fé. No caso *Holy Roman Catholic School v. Boley*, por exemplo, o réu abriu uma conta em uma

farmácia em benefício do autor para que ele pudesse obter medicamentos para seus ferimentos relacionados ao trabalho.

O autor cobrou itens não relacionados a acidentes de trabalho. Em razão disso o réu encerrou a conta e o autor processou para manter a conta aberta. O tribunal considerou que o abuso da conta por parte do autor exigia a conclusão de que este tinha as mãos sujas (*unclean hands*), e exigir do réu a manutenção da conta aberta tentaria contra a boa consciência¹⁴.

É certo que o princípio da lealdade processual, de fato, não permite a alteração intencional dos fatos, nem a má fé, previstas nas mais diversas legislações (Rosas, 1983, p. 6).

Assim, o Código de Processo Italiano impõe a lealdade e probidade (*il dovera di comportarsi in giudizio con lealtà e probità*), art. 88 (J. J. Calmon de Passos, “Responsabilidade do exequente no novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5)”, RF 246/169). O Código procura prevenir o abuso do direito por quem tenha interesse em protelar o desfecho das causas, antes de pleitear um direito com honestidade (Lima, 1978, p. 66).

De modo que o acesso à Justiça, embora direito fundamental, deve se dar com responsabilidade.

Para Luiz Manoel Gomes Júnior e João Paulo Souza Rodrigues (2016, p. 9):

A partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, o propósito de se preservar os deveres de lealdade se mantém, mas o balizamento da conduta das partes em observância à boa-fé objetiva, à repressão do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e à busca da verdade adquire destaque como fundamento do direito processual. Trata-se da adoção, pela nova ordem processual, da teoria dos atos próprios, em homenagem à boa-fé, “pois também o Direito processual se empenha no resguardo da boa-fé e na repulsa da litigância de má-fé.

É preciso ponderar, contudo, que a mera a interposição de recursos previstos no ordenamento, *per se*, não caracterizam litigância de má-fé nem ato atentatório à dignidade da Justiça¹⁵.

Nesse aspecto, ensina João Batista Lopes (1997, p. 128) que a procrastinação abusiva, o falseamento dos fatos e a utilização de expedientes escusos são formas de litigância de má-fé. Anota que deve ser coibida a juntada extemporânea de documentos impertinentes com o propósito de procrastinar a solução da lide, e que a repetição de requerimento anteriormente indeferido pode,

¹⁴ Legal Information Institute. Clean Hands Doctrine. Maio, 2020. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/clean_hands_doctrine, acesso em: 27 de junho de 2022.

¹⁵ STJ – REsp n. 1.333.425/SP, j. 27.11.2012, Rel. Min. Nancy Andrighi.

também, caracterizar litigância de má-fé, salvo hipótese de erro justificado pelas circunstâncias.

Ressalta, contudo, que não pode o juiz cercear o exercício dessas garantias a pretexto de punir a litigância de má-fé. Por isso mesmo sustenta que o oferecimento de contestação inconsistente ou a interposição de recurso anódino não caracterizam, porém, por si sós, litigância de má-fé. Nem mesmo a interposição de recurso contra súmula de jurisprudência traduz, só por isso, litigância de má-fé.

Como a demonstração de má-fé via de regra não é tarefa das mais fáceis, vem crescendo a corrente germânica, que privilegia a boa-fé objetiva a partir da análise das condutas das partes, prescindindo da demonstração de elemento anímico. Isso porque a demonstração da intenção de prejudicar pode tornar-se tarefa hercúlea.

Veja-se que o Código de Processo Civil da Itália, no art. 96, coloca lado a lado má-fé e a culpa grave. E no mesmo sentido, o art. 542.º do Código de Processo Civil português, que também prevê a litigância de má-fé por negligência grave, ao lado da dolosa (Gouveia, 2018, p. 127).

Sustenta o professor Fábio Caldas de Araújo (2016, p. 501) que *antes de aplicar a sanção o juiz poderá advertir os sujeitos processuais, como meio de prevenir a prática do ato ou permitir a reconsideração da parte interessada*.

Lembra ainda que a sanção em cotejo não se confunde com as medidas executivas indiretas aplicáveis como forma de incentivar a parte ao cumprimento da ordem judicial, citando os dispositivos dos arts. 139, VI, 523, §1º e 536, §1º do CPC.

Na mesma esteira do atentado, defende a possibilidade de o juiz impedir a manifestação da parte ímproba no processo até a cessação do atentado.

Por fim, anotamos o posicionamento de Fábio Caldas de Araújo (2016, p. 506) no sentido de que:

(...) há autêntica timidez dos juízes no reconhecimento da litigância de má-fé (...) como meio de não obstaculizar o exercício constitucional do direito de ação e de defesa, por esse motivo os Tribunais sempre tiveram muita cautela em sua aplicação, especialmente pela dificuldade de configuração do dolo manifesto. Mas aduz que no sistema atual, exige-se maior atenção (...), uma vez que casos de litigância crassa são evidenciados no dia a dia forense.

É preciso, pois, incutir no pensamento da magistratura a necessidade de empreender esforços no sentido de coibir e reprimir a prática de condutas tendentes a violar os deveres de boa-fé processual (*unclean hands*), dissuadindo, mediante a aplicação dos preceitos normativos vigentes, os atos atentatórios à dignidade da Justiça. O direito ao processo requer, antes de tudo, responsabilidade dos litigantes e consciência de atuação conforme o direito.

Devem, pois, ser reprimidas as tentativas de se obter vantagens lastreadas na própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). A boa-fé está intrinsicamente jungida ao objeto da demanda. Para tanto devem ser valorados os fins da ação, porque os deveres das partes não são corpos estranhos no processo, devendo ser condenado o comportamento desonesto, tal como nas relações jurídicas privadas. A luta pelo direito não consente todos os meios. A reprimenda à má-fé, quando violado o dever de verdade, é importante penalização, na prática (Jauernig, 2002. p. 151).

O socorro à teoria geral do direito e aos princípios milenares informadores, dentre os quais a noção de deveres laterais ou anexos à boa-fé, aos bons costumes e às justas expectativas de comportamentos adequados das partes, atrelados aos *standarts* de conduta esperados nas relações jurídicas de direito material e processual conduzem o exegeta ao ponto de partida, a partir do qual será possível inferir a conformação das partes ao direito e, se for o caso, aplicar as reprimendas devidas, a fim de restaurar a ordem jurídica violada caso a caso.

4 CONCLUSÕES

O abuso de direito, a deslealdade e a improbidade processual podem caracterizar não apenas a litigância de má-fé, mas também o dano processual indenizável, espécie do gênero *ato ilícito*.

Com efeito, o sistema judiciário precisa ser acionado com responsabilidade. A “chicana processual” (*schikanen paragraphs*) e toda espécie de deslealdade e postulações ilegítimas, assim reconhecidas a partir dos vetores normativos estabelecidos na legislação vigente, devem ser reprimidos.

Se por um lado o direito de acesso à Justiça é cláusula pétrea (art. 5º, XXXV da CF), por outro lado não se trata, evidentemente, de direito absoluto, porque o Direito não se compraz da má-fé, nem se regozija dos ímprobos.

É por isso que o critério para a verificação do abuso deve ser haurido dos fins colimados pelas partes, de modo que se o titular o direito o exerce com o fim de causar dano a outrem, o abuso é patente.

Nesse sentido, a antissocialidade do ato praticado é aspecto objetivo consagrado no direito alemão, encampando-se paradigmas essencialmente objetivistas.

Outrossim, seja sob a ótica do espírito de aventura ou temeridade, normalmente inculpidos de dolo ou culpa grave, seja em razão dos excessos aferidos *in concreto*, independentes da demonstração do elemento anímico, porque a contrariedade do ato à boa-fé, aos bons costumes e aos fins sociais da norma não exigem consciência e voluntariedade, o direito deve refrear os abusos.

Aliás, o abuso pode cingir tanto a conduta do vencido como a do vencedor. O litigante ímprobo sofrerá as consequências dos atos desleais que praticar independentemente do resultado útil da demanda.

Se o processo deve ser entendido como *instrumento ético* posto à disposição das partes, revela-se oportuno que o Estado-Juiz não apenas advirta as partes quanto às consequências que os comportamentos possam exteriorizar na relação jurídica processual – e até mesmo fora dela, como é mister, igualmente, reprimir os atos atentatórios à dignidade das partes e da Justiça.

Revela-se, portanto, imperioso romper a notória timidez processual em reconhecer atos atentatórios à boa-fé e à dignidade da prestação jurisdicional, reconhecendo-se com lhanza e altivez os atos processuais ímprobos, de modo a coibir demandas puramente predatórias, antiéticas ou abusivas.

REFERÊNCIAS

Doutrina

- AGUIAR, José Carlos Pestana de. **Comentários ao CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. Tomo I – Parte Geral. São Paulo: Malheiros, 2016.
- CASTRO FILHO, José Olímpio. **Abuso do Direito no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- COSTA, Lopes da. **Medidas Preventivas**. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alves de. O sistema da responsabilidade civil e os danos processuais nas ações coletivas. **Revista dos Tribunais**, v. 863, p. 36-56, set. 2007. (Republicado em: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, v. 6, p. 841-867, out. 2011).
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; RODRIGUES, João Paulo Souza. Responsabilidade civil por dano processual no novo Código de Processo Civil: aspectos de relevância para o processo coletivo. **Revista de Processo**, v. 262, p. 87-119, dez. 2016.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A dedução de pedido ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência. **Revista de Processo**, v. 264, p. 127-154, fev. 2017. (Também em: Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil, v. 3, 2018).
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Abuso do Direito e Má-Fé Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. **Revista de Processo**, v. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001.
- HAZARD, Geoffrey. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual. **Revista de Processo**, v. 34, n. 177, nov. 2009.
- JAUERNIG, Othmar. **Direito Processual Civil**. Coimbra: Almedina, 2002.
- LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Clean Hands Doctrine. maio 2020. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/clean_hands_doctrine. Acesso em: 27 jun. 2022.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Probidade processual e finalidade do processo**. Uberaba: Vitória, 1978.
- LOPES, João Batista. O juiz e a litigância de má-fé. **Revista dos Tribunais**, v. 740, p. 128, jun. 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º a 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel García. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. O abuso de direito de ação no processo civil brasileiro: contornos teóricos e práticos do assédio processual a partir da análise do Recurso Especial 1.817.845. **Revista de Processo**, v. 319, p. 339-357, set. 2021.

ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. **Revista de Processo**, v. 32, p. 28-38, out./dez. 1983.

ROSAS, Roberto. Dano processual. **Revista online do TFR** – Tribunal Federal de Recursos, RF 68/745.

TARUFFO, Michele. **Verso la decisione giusta**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatória**. Padova: CEDAM, 1983.

Jurisprudência

STJ. **AREsp n. 1.165.982/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29 jun. 2018.

STJ. **AREsp n. 1.913.572**, Rel. Min. Humberto Martins, j. 9 ago. 2021.

STJ. **EREsp 1.133.262/ES**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 3 jun. 2015.

STJ. **MS n. 25.474/DF**, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19 maio 2021.

STJ. **RHC n. 99.606/SP**, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 13 nov. 2018.

STJ. **REsp n. 1.333.425/SP**, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 27 nov. 2012.

STJ. **REsp n. 1.817.845/MS**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrichi, j. 10 out. 2019.

TJDFT. **AI 0714718-96.2017.8.07.0000**, Rel. Des. José Divino, j. 14 mar. 2018.

TJPR. **AI 0004056-26.2021.8.16.0000**, Rel. Des. Lenice Bodstein, j. 26 maio 2021.

TJPR. **ED 0002126-86.2015.8.16.0192**, Rel. Juiz Subst. Osvaldo Nallim Duarte, j. 20 jul. 2020.

TJPR. **EDs 0002044-60.2019.8.16.0145**, Rel. Des. Denise Hammerschmidt, j. 4 dez. 2020.

TJSP. **AgInt 2019879-66.2017.8.26.0000**, Rel. Des. Artur Marques, j. 24 abr. 2017.

CAPÍTULO II

PROCESSO ESTRUTURAL E JUSTIÇA MULTIPORTAS

Fredie Didier Jr.¹⁶
Leandro Fernandez¹⁷

1 INTRODUÇÃO

É usual – e acertada – a afirmação segundo a qual processos estruturais devem ser conduzidos pelo Poder Judiciário com a participação de outras instituições capazes de contribuir para o tratamento adequado do problema estrutural.

Sucedem que há situações nas quais toda a reestruturação do estado de desconformidade pode ocorrer fora do Poder Judiciário, no âmbito de órgão ou entidade que possui mais elevada capacidade institucional para o tratamento de temas específicos, por determinação ou autorização do legislador.

Há, ainda, situações nas quais a solução de um problema estrutural, com a transição para um estado de coisas desejável, somente é possível com a atuação direta de outros agentes ou entidades, em articulação institucional.

O objetivo deste artigo é abordar duas ideias, a partir da premissa da existência de um sistema brasileiro de justiça multiportas: a existência de proces-

¹⁶ Professor Titular da Universidade Federal da Bahia (Brasil), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado. Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Livre-Docente pela USP. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. <http://lattes.cnpq.br/3021268770189132>

¹⁷ Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. <http://lattes.cnpq.br/2473885608074815>

sos estruturais extrajudiciais e a possibilidade de articulação institucional para o compartilhamento de competências para a solução de problemas estruturais, especialmente por meio da cooperação interinstitucional.

2 PROCESSOS ESTRUTURAIS

2.1 Problema jurídico estrutural e processo estrutural

Problema jurídico é um tipo de problema¹⁸ que pode ser resolvido com base no Direito (Didier Jr.; Fernandez, 2024, p. 41-42).

Há problemas jurídicos de configuração *concreta*, cuja solução constitui o objeto dos sistemas de justiça, e problemas jurídicos *em tese*, que são resolvidos pelos entes que produzem normas jurídicas de caráter geral, de que o Legislativo é o principal exemplo.

Um problema jurídico estrutural (ou, simplesmente, problema estrutural) é uma situação de desconformidade (no sentido de não adequação a um estado de coisas ideal, mas não necessariamente ilícito) contínua e estruturada (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020, p. 45). Geralmente, um problema estrutural pode ser decomposto em uma multiplicidade de problemas jurídicos específicos, que podem ser solucionados em processos autônomos, individuais ou coletivos, de acordo com a natureza das situações jurídicas discutidas. A solução desses problemas jurídicos específicos, no entanto, não é suficiente para permitir a superação do estado geral de desconformidade, que depende de tratamento adequado em um processo destinado a reestruturar o estado de desorganização constatado, um *processo estrutural*.

Assim, um processo estrutural é “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020, p. 45).

É possível identificar características essenciais e características típicas do processo estrutural¹⁹.

São características *essenciais* do processo estrutural a discussão de um problema estrutural, a atuação no sentido da implementação de um estado ideal de coisas (reestruturando o estado de desconformidade), a observância de um procedimento bifásico (identificação da existência de um problema estrutural e

¹⁸ Em termos gerais, um problema é uma situação em estado de indeterminação, ainda sem definição (DEWEY, John. *Logic: the theory of inquiry*. New York: Henry Holt and Company, 1938, p. 107-108).

¹⁹ O tema das características essenciais e típicas do processo estrutural é amplamente desenvolvido em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*, cit.

adoção de medidas para a reestruturação) e flexível, necessário à adaptação às circunstâncias do caso, e a consensualidade.

São características *típicas* (no sentido de frequentemente presentes), mas não essenciais, do processo estrutural a multipolaridade (Arenhart, 2019, p. 473-474; Mazzei, 2022, p. 28-46.), a natureza coletiva (quando seu objeto corresponde a uma situação jurídica coletiva), e a complexidade, compreendida como a possibilidade de solução por diferentes meios.

Em razão de todos esses fatores, o tratamento adequado de um problema jurídico estrutural, por meio de um processo estrutural, exige o acompanhamento, ao longo de um período de tempo relevante, da evolução das condições fáticas relacionadas à solução do problema estrutural.

2.2 Solução adequada de problemas jurídicos estruturais

Para a solução de um problema estrutural, não é suficiente uma intervenção ou ato pontual, um comando específico e isolado de fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia. A solução adequada de um problema jurídico estrutural corresponde à reestruturação do estado de desconformidade constatado, com a transição para um estado de coisas desejável.

Geralmente, nos processos estruturais, o resultado desejável pode ser alcançado por múltiplos caminhos, cuja adequação específica para contribuir para a solução do problema deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso, ao longo do tempo.

As consequências dos atos praticados nem sempre podem ser completa e previamente identificadas (Arenhart; Osna; Jobim, 2022, p. 65), e, a cada ato, novas possibilidades para a reestruturação podem ser identificadas, em um quadro de complexidade tendencialmente progressiva. Dito de outra forma, o desenvolvimento de um processo estrutural costuma influenciar a realidade do próprio problema estrutural e, por consequência, o modo de sua solução.

Por isso, após a decisão estrutural (ou reestruturante), que reconhece a existência de uma situação de desconformidade e estabelece as diretrizes para alcance do estado de coisas desejável, a reestruturação do estado de coisas costuma ocorrer com uma sequência de atos, em *provimentos em cascata* (Arenhart, 2013, p. 400) ou, aproveitando a terminologia utilizada por Sérgio Arenhart, em *consensos em cascata*. Embora seja possível atuar, a um só tempo, sobre vários aspectos do problema estrutural, sua solução não é instantânea, mas gradual, exigindo o tempo necessário à reestruturação (Galdino, 2022, p. 181-184).

A flexibilidade inerente aos processos estruturais permite a adaptação do procedimento e das próprias estruturas do Poder Judiciário para o tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais. É possível, por exemplo, a criação

de um Núcleo de Justiça 4.0²⁰ específico para a realização de perícias e de tentativas de autocomposição relativas a um problema estrutural²¹.

Ocorre que nem sempre o Poder Judiciário disporá das condições necessárias ao tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais. Em verdade, muitas vezes, a solução de um problema estrutural, com a transição para um estado de coisas desejável, somente é possível com a atuação, em maior ou menor medida, de outros agentes. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal: *a)* ao fixar a tese jurídica no Tema n. 698, explicitou que, na intervenção do Judiciário em políticas públicas, a “decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”²²; *b)* criou o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos, vinculado ao Centro de Soluções Alternativas de Litígios (Resolução n. 790/2022), dedicado a prestar auxílio para a solução de problemas estruturais, com o desenvolvimento e a adoção de abordagens distintas daquelas tradicionalmente utilizadas.

Além disso, há situações nas quais toda a reestruturação do estado de coisas ocorre fora do Poder Judiciário, no âmbito de órgão ou entidade que possui mais elevada capacidade institucional²³ para o tratamento de temas específicos, por determinação ou autorização do legislador – sem prejuízo de eventual controle pelo Judiciário, é claro.

É possível, então, visualizar processos estruturais exclusiva ou predominantemente *judiciais* e processos estruturais exclusiva ou predominantemente *extrajudiciais*.

3 PROCESSO ESTRUTURAL EXTRAJUDICIAL

3.1 Generalidades

Problemas jurídicos estruturais podem ser solucionados no âmbito de diferentes portas de acesso à justiça, distintas do Poder Judiciário, geralmente por

²⁰ Sobre os Núcleos de Justiça 4.0, DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: Administração Judiciária, Boas Práticas e Competência Normativa*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 176-181.

²¹ A exemplo do que ocorreu no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a criação de um Núcleo de Justiça 4.0 dedicado, em um primeiro momento, à atuação em processos relativos aos eventos envolvendo o rompimento de barragens em Brumadinho (Portaria Conjunta n. 1.338/PR/2022).

²² STF, Pleno, RE n. 684.612, rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 03.07.2023, publicado em 07.08.2023.

²³ Sobre a teoria das capacidades institucionais, DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*, cit., p. 133-143.

meio de heterocomposição, autocomposição ou, ainda, de modos combinados de resolução de problemas jurídicos.

Nessas situações, é possível falar de um *processo estrutural extrajudicial*, compreendendo-se *processo*, em sentido amplo, como método para a solução de problemas jurídicos.

Muitas vezes, a condução dos atos destinados à solução de um problema estrutural ocorre no âmbito de um processo administrativo. Agências reguladoras, tribunais de contas²⁴ e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica são exemplos de instituições que podem decidir ou promover soluções consensuais em relação a problemas jurídicos estruturais, nas respectivas áreas de competência.

Em outras hipóteses, uma instituição sem atribuição para eventual julgamento (em âmbito administrativo), como o Ministério Público, pode desenvolver, juntamente com o(s) futuro(s) réu(s), a negociação para a solução do estado de desconformidade.

É possível, ainda, que a reestruturação ocorra pela via da autorregulação, a partir do interesse dos próprios agentes de determinado setor, ou da negociação entre credores e devedor, como no caso da recuperação extrajudicial.

Algumas dessas possibilidades serão abordadas a seguir.

3.2 Agências reguladoras

No cumprimento da missão de concretizar as políticas públicas estabelecidas para os setores regulados (art. 15, Lei n. 13.848/2019), as *agências reguladoras* são frequentemente responsáveis pelo tratamento de estados de desconformidade continuada ou por reestruturações de determinado estado de coisas.

O ambiente regulatório é especialmente vocacionado à composição de um mosaico de interesses econômicos, sociais e jurídicos (Marques Neto, 2011, p. 80). Na atualidade, a atividade de regulação pelo Estado é, também, uma construção de consensos possíveis em uma realidade complexa, caracterizada por múltiplos centros de interesse.

A regulação não se limita, porém, à edição de atos normativos e à sua fiscalização, alcançando também a autocomposição para a regularização de situações de desconformidade, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (art. 32, Lei n. 13.848/2019), e a decisão a respeito de disputas de interesses (co-

²⁴

A natureza jurídica das funções de um Tribunal de Contas fica, muitas vezes, numa zona cinzenta entre a “administração” e a “jurisdição” (o art. 73 da Constituição, por exemplo, fala em “jurisdição”, ao tratar do Tribunal de Contas da União). A LINDB não pretendeu resolver essa questão e optou pelo caminho da clareza: “função controladora” (arts. 20, 21, 23, 24 e 27), entre as outras duas. O certo é que, administrativas, jurisdicionais ou “de controle”, as funções do Tribunal de Contas devem ser exercidas *processualmente*.

letivos ou individuais) no âmbito do setor regulado, à semelhança da atividade do Poder Judiciário, de maneira imparcial, tudo isso com a vantagem da qualificação técnica específica e aprofundada em um determinado rol de matérias (Sundfeld, 2000, p. 30-31; Moreira; Maças, 2003, p. 14).

Para o desempenho das suas funções, as agências reguladoras contam com a análise de impacto regulatório, importante instrumento para subsidiar a compreensão das consequências práticas de intervenções no marco regulatório. A figura é regulada no art. 6º da Lei n. 13.848/2019 e no art. 5º da Lei n. 13.874/2019, com detalhamento da sua disciplina no Decreto n. 10.411/2020.

A análise de impacto regulatório é um documento de conteúdo complexo, que deve conter, essencialmente, a identificação dos agentes econômicos, usuários e demais afetados pelo problema regulatório a ser solucionado, bem como das suas causas e sua extensão, a apresentação dos objetivos da regulamentação, a descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, com a exposição das possíveis repercussões de cada uma delas e comparação entre elas, o exame das manifestações recebidas pela agência em processos de participação social (como consultas ou audiências públicas), a apresentação do panorama internacional sobre as medidas regulatórias a respeito do tema, a identificação dos efeitos e riscos da edição, alteração ou revogação de ato normativo, assim como a indicação da estratégia para implementação da alternativa sugerida, com o detalhamento dos mecanismos previstos para sua fiscalização e avaliação dos seus resultados (art. 6º, Decreto n. 10.411/2020). Trata-se, portanto, de uma ferramenta capaz de oferecer contribuições relevantes para a compreensão das consequências práticas de decisões (arts. 20 e 21, Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro) e para a preservação da coerência do marco regulatório (art. 926, CPC), elementos necessários para a solução adequada de um estado de desconformidade ou para a reestruturação de um estado de coisas.

3.3 Tribunais de Conta

Além da fiscalização e do exame das contas públicas, os *Tribunais de Contas* possuem atribuição de responder a consultas²⁵ e aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas na legislação. Em sua conformação funcional atual, os Tribunais de Contas têm, ainda, atuado na definição de parâmetros de comportamento dos gestores públicos, como uma espécie de ente regulatório (Jordão; Palma, 2022, p.

²⁵ A consulta aos Tribunais de Contas possui uma peculiaridade: ela é formulada por autoridade pública para eliminar dúvida na interpretação do ordenamento jurídico em relação à gestão de recursos públicos. Seu fundamento não é, portanto, o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF/1988), mas o dever de colaboração no exercício do controle externo.

1.503-1.505.), notadamente por meio da expedição de recomendações, medidas sugeridas para o aperfeiçoamento das práticas administrativas relativas às contas públicas.

Os modos de solução consensual de problemas jurídicos também podem ser utilizados para o aperfeiçoamento do controle externo, em uma perspectiva de colaboração entre o gestor público e o ente controlador, em consonância com a diretriz de preferência à adoção de medidas de prevenção antes do início de processos sancionadores (art. 13, § 1º, Decreto n. 9.830/2019)²⁶.

Não causa surpresa, então, o Supremo Tribunal Federal já haver reconhecido que, no contexto das atividades inerentes ao controle externo, o Tribunal de Contas não desempenha o papel de mero auxiliar do Poder Legislativo²⁷.

Especificamente em relação ao Tribunal de Contas da União, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado, em recentes decisões, a existência de maior capacidade institucional daquele órgão, em comparação com o Poder Judiciário, para apreciação de determinadas matérias²⁸, destacando a necessidade de observância de um dever de deferência do Judiciário em relação às manifestações dos órgãos técnico-especializados²⁹.

É interessante observar que o Tribunal de Contas da União conta com um instrumento específico de fiscalização, denominado de *acompanhamento*, para a realização da análise, ao longo de um período definido, da legalidade e legitimidade de atos de gestão, bem como do desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 241, Regimento Interno do TCU).

A obtenção de informações, no contexto do acompanhamento, pode ocorrer, por exemplo, por meio do acesso direto a publicações em órgãos oficiais ou sistemas informatizados, da solicitação ou apresentação voluntária de documentos e de visitas técnicas ou participações em eventos promovidos por órgãos e entidades da Administração Pública (art. 242, Regimento Interno do TCU).

Além disso, o Tribunal de Contas da União também dispõe da figura do *monitoramento* para a fiscalização do cumprimento de suas deliberações e dos resultados delas advindos (art. 243, Regimento Interno do TCU).

²⁶ Como observado por DANTAS, Bruno. “Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU”. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 22, n. 127, jun./set. 2020, p. 275-276.

²⁷ STF, Pleno, RE n. 576.920, rel. Min. Edson Fachin, j. em 20.04.2020, publicado em 14.05.2020.

²⁸ Ilustrativamente, STF, Pleno, ADI n. 4.643, rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.05.2019, publicado em 03.06.2019.

²⁹ STF, 1ª T., MS n. 38.678 AgR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 22.02.2023, publicado em 27.02.2023.

Ambas as figuras, o acompanhamento e o monitoramento, têm sido utilizadas pelo Tribunal de Contas da União para análise e tratamento, em médio e longo prazo, de estados de desconformidade continuada, com a adoção de recomendações e decisões, e fiscalização quanto à adequação das soluções alcançadas, em setores como o de segurança nuclear³⁰ e o de energia elétrica³¹, ilustrativamente.

3.4 Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Competente para apuração e apreciação administrativa de atos de concentração econômica e infrações à ordem econômica, o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* atua como porta de acesso à justiça para a solução de um perfil de problema jurídico dotado de elevada complexidade técnica. No âmbito do CADE, tais problemas podem ser resolvidos por autocomposição (compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, acordo em controle de concentrações e acordo de leniência) ou heterocomposição administrativa.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, um dos órgãos do CADE, possui, dentre outras competências, a de aprovação prévia de atos de concentração econômica de mais elevado impacto econômico e concorrencial (arts. 9º, X, e 88 a 91, Lei n. 12.529/2011). Em regra, atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, possam criar ou reforçar uma posição dominante ou possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços devem ser proibidos pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (art. 88, § 5º, Lei n. 12.529/2011)³².

Em sua atuação, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica promove, por autocomposição ou heterocomposição, a reestruturação, sob pers-

³⁰ No Relatório de Acompanhamento (RACOM) n. 020.858/2023-0, o Tribunal de Contas da União decidiu recomendar a adoção de uma série de providências para a estruturação da Autoridade Nacional de Segurança Nuclear, diante de um cenário de desconformidade atual no setor (TCU, Plenário, RACOM n. 020.858/2023-0, acórdão n. 240/2024, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. em 21/02/2024).

³¹ No Monitoramento (MON) n. 019.228/2014-7, o Tribunal de Contas da União determinou a adoção de medidas de reestruturação e de solução de estados de desconformidade no setor de energia elétrica (TCU, Plenário, MON n. 019.228/2014-7, acórdão n. 1.631/2018, rel. Min. Augusto Sherman, j. em 18/07/2018).

³² As exceções estão previstas no art. 88, § 6º, Lei n. 12.529/2011: § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

pectiva concorrencial, de empresas, grupos ou setores, solucionando situações de desconformidade no mercado.

Para isso, o CADE pode adotar remédios antitruste *estruturais*, como os previstos no art. 61, § 2º³³, da Lei n. 12.529/2011, com a transferência definitiva de ativos e direitos, ou *comportamentais*, que importam a realização de operações comerciais e financeiras sem a necessidade de transmissão de direitos e ativos³⁴, ou, ainda, uma combinação deles.

Para o acompanhamento, ao longo do tempo, da execução das medidas destinadas à regularização do estado de desconformidade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica considera como providência preferencial a nomeação de um *trustee* de monitoramento, que supervisionará o cumprimento das obrigações e prestará informações periódicas ao Conselho (CADE, 2018, p. 43-44).

3.5 Ministério Público

Além da sua atuação perante outras portas de acesso à justiça, o Ministério Público é um dos mais relevantes sujeitos no desenvolvimento de processos estruturais negociais, em âmbito extrajudicial³⁵.

Um dos mais relevantes instrumentos para essa finalidade é o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. Trata-se de “negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo celebrado por escrito entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações” (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2021, p. 387).

O objetivo do compromisso de ajustamento de conduta pode ser a remoção de um ilícito, com a adequação do comportamento do compromissário às exigências constitucionais e legais, a inibição da sua prática, reiteração ou continuação e o ressarcimento por danos provocados.

³³ Art. 61, § 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem: I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; II – a cisão de sociedade; III – a alienação de controle societário; IV – a separação contábil ou jurídica de atividades; V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e VI – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

³⁴ Sobre remédios antitruste comportamentais, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de Remédios Antitruste*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018, p. 12.

³⁵ Sobre as medidas estruturais extrajudiciais realizadas pelo Ministério Público, vide VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 5ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 147-223.

É possível que o compromisso de ajustamento de conduta seja celebrado em conjunto por diferentes ramos do Ministério Público, inclusive com a participação de associação civil, entes ou grupos representativos ou terceiros interessados (art. 3º, § 6º, Resolução n. 179/2017, CNMP), providência especialmente proveitosa para a solução de processos estruturais.

A versatilidade do compromisso de ajustamento de conduta permite a construção de soluções criativas, como se deu no contexto dos eventos relativos à ruptura da Barragem do Fundão, em Mariana (MG). Naquele caso, entes públicos celebraram com as empresas envolvidas no evento compromisso que previa a gestão do conjunto de ações de reparação dos danos e compensação das vítimas por uma fundação privada, sem fins lucrativos, com estrutura própria de governança, fiscalização e controle (Fundação Renova). O TTAC (Termo de Transação e Ajustamento de Conduta) e o TAC Governança (TACGov), que disciplinam a constituição e o funcionamento da fundação, são documentos históricos, que bem evidenciam a importância da autocomposição nos problemas jurídicos estruturais no Brasil – e que oferecem subsídios para o aprendizado de boas práticas que podem ser reproduzidas e aperfeiçoadas em situações futuras³⁶.

Outro interessante exemplo é o caso dos eventos geológicos ocorridos em Maceió (AL), que provocaram o rebaixamento da superfície do terreno em alguns bairros, com danos a imóveis e necessidade de deslocamento de pessoas de algumas áreas. Naquele caso, o Ministério Público do Estado de Alagoas, a Defensoria Pública do Estado de Alagoas, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União celebraram, no curso de processos judiciais, acordo com uma empresa para estabelecimento de um *Programa de Compensação Financeira e Apoio à Realocação da População*, com posteriores aditivos e termos de resolução, celebrados conforme a evolução dos fatos.

Compromissos de ajustamento de conduta estruturais também podem ser utilizados, por exemplo, para solucionar estados de desconformidade, em instituições públicas ou privadas, relativos a situações de discriminação estruturada (em relação a pessoas com deficiência, pessoas negras ou mulheres, ilustrativamente) ou para a reestruturação de um estado de coisas em determinado setor econômico em razão de um cenário de crise (como a pandemia da Covid-19), para a transição para uma nova situação.

3.6 Entidades de autorregulação

A *autorregulação* é o estabelecimento consensual de diretrizes de comportamento e códigos de prática diretamente pelos agentes integrantes de determina-

³⁶ Sobre o tema das boas práticas na administração da justiça, DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*, cit., p. 128-150.

do setor, que, ao fazê-lo, regulam sua própria atividade (Black, 1996, p. 27). No Brasil, são exemplos de entidades de autorregulação o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), a BSM Supervisão de Mercados, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais (ANBIMA) e a própria Justiça Desportiva³⁷.

Códigos de autorregulação possuem a natureza jurídica de *contratos normativos*, pois disciplinam a conduta de um conjunto de sujeitos, entre si e em relação a terceiros, em uma relevante manifestação do potencial do autorregramento da vontade no ordenamento jurídico brasileiro (Ferreira Neto, 2023, p. 245-247).

Geralmente, entidades de autorregulação possuem a natureza jurídica de associações. A solução de problemas jurídicos por heterocomposição nelas desenvolvida, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções (como advertência, multa ou exclusão) por órgãos da entidade, se dá por meio de um processo privado, de natureza contratual, que não se confunde com a arbitragem. Evidentemente, também aqui deve ser observado o devido processo³⁸, cujo conteúdo será conformado de acordo com as peculiaridades dessa porta de acesso à justiça.

A criação, por entidades de autorregulação, de códigos de ética e de melhores práticas, com a fiscalização quanto à sua observância e a possibilidade de imposição de sanções e de celebração de compromissos³⁹ para regularização de comportamentos, permite a reestruturação de estados de desconformidade identificados pelos próprios agentes do setor, promovendo reformas de maior ou menor extensão.

3.7 Recuperação extrajudicial

A *recuperação extrajudicial* é um processo de reestruturação de um estado de desconformidade caracterizado por uma etapa extrajudicial e uma etapa judicial.

Na recuperação extrajudicial, o devedor convencionou diretamente com os credores o plano de recuperação, observadas algumas restrições subjetivas, negociais e circunstanciais (art. 161, §§ 1º a 3º, Lei n. 11.101/2005).

O plano de recuperação extrajudicial é submetido ao Poder Judiciário, que, após a publicação de editais para convocação dos credores e a decisão sobre eventuais impugnações, homologará o plano, que passará a produzir efeitos⁴⁰.

³⁷ Sobre o papel das entidades de autorregulação no sistema brasileiro de justiça multiportas, DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*, cit., p. 438-454.

³⁸ Sobre o tema do devido processo em âmbito privado, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações particulares*. Salvador: Juspodivm, 2008.

³⁹ A exemplo do Termo de Compromisso, no âmbito da BSM Supervisão de Mercados e da ANBIMA.

⁴⁰ É possível o estabelecimento, no plano, da previsão de produção de efeitos anteriores à homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários (art. 165, § 1º, Lei n. 11.101/2005). Se o plano vier

Trata-se, então, de uma reestruturação extrajudicial negocial cuja eficácia depende de homologação judicial⁴¹.

4 COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E OUTROS MECANISMOS DE ARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTOS PARA O APROVEITAMENTO DE CAPACIDADES INSTITUCIONAIS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS

4.1 Articulação institucional e cooperação judiciária no sistema brasileiro de justiça multiportas

Em uma realidade social complexa, a existência de sobreposição de competências para a solução de um número crescente de matérias é inevitável, cenário ainda mais presente em problemas estruturais.

Daí a relevância de instrumentos de articulação institucional, que permitem a coordenação ou redistribuição de atividades entre diferentes órgãos ou entidades. Figuras como a cooperação judiciária, as forças-tarefa do Ministério Público⁴², a decisão administrativa coordenada (arts. 49-A a 49-G, Lei n. 9.784/1999) e variadas modalidades de convênios administrativos possibilitam o aproveitamento das capacidades institucionais de diferentes sujeitos do sistema brasileiro de justiça multiportas, o que pode ser muito proveitoso para o tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais.

Neste tópico, merece destaque a cooperação judiciária, disciplinada pelos arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil e pela Resolução n. 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

A cooperação judiciária facilita *a)* o estímulo ao uso de outras portas, de acordo com um juízo de adequação, *b)* o trânsito entre portas de acesso à justiça *c)* o aproveitamento, quando possível, de atos ou, ao menos, de informações relevantes sobre o problema jurídico ou os sujeitos nele envolvidos, *d)* uma integração planejada (não improvisada, episódica, descoordenada) de modos de solução de problemas jurídicos conduzidos por instituições externas ao Judiciário.

a ser rejeitado pelo Judiciário, assegura-se aos credores signatários o direito de exigir seus créditos nas condições originais, deduzidos os valores efetivamente pagos (art. 165, § 2º, Lei n. 11.101/2005).

⁴¹ Felipe Batista também compreende a recuperação judicial como um processo de reestruturação (BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2017, p. 118).

⁴² Sobre as forças-tarefa do Ministério Público, CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*, São Paulo: RT, 2021, p. 190-193.

rio à estratégia institucional de administração da justiça (a agregação de ODR's públicas ou privadas ao PJe, por exemplo).

O art. 16 da Resolução n. 350/2020 do CNJ prescreve que a cooperação interinstitucional poderá ser realizada entre quaisquer instituições, do sistema de justiça ou fora dele, que possam contribuir para a execução da estratégia nacional do Poder Judiciário, promover o aprimoramento da administração da justiça, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional. O mesmo art. 16 cita, como exemplos de instituições com as quais se pode celebrar a cooperação, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e a própria Administração Pública. Não se pode, no entanto, excluir a possibilidade de cooperação, ilustrativamente, com as serventias cartoriais extrajudiciais, os litigantes habituais privados e as instituições responsáveis pela manutenção de ODR's, muito úteis para a elaboração de uma estrutura para um sistema de justiça multiportas (art. 6º, XIX, Resolução n. 350/2020 do CNJ).

Atualmente, não é mais possível pensar em justiça multiportas sem considerar a importância de instrumentos de articulação institucional, de que talvez seja o principal exemplo a cooperação judiciária.

4.2 Cooperação judiciária em processos estruturais

A cooperação judiciária, inclusive a interinstitucional, contribui significativamente para o tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais, especialmente por permitir o aproveitamento das capacidades institucionais de diferentes portas de acesso à justiça. Por meio dela é possível, por exemplo:

- a) a realização conjunta de audiências públicas;
- b) a produção conjunta de provas, o aproveitamento de provas já produzidas em outra porta de acesso à justiça ou a concertação para a produção de certa prova perante outra porta;
- c) a centralização de processos judiciais para fins instrutórios ou decisórios;
- d) o fracionamento da prática de atos processuais entre juízos, definindo determinado juízo como o responsável pela produção de certa prova ou distribuindo entre os juízos a competência para a decisão de determinadas questões;
- e) o compartilhamento de dados acerca da existência de processos administrativos ou judiciais sobre determinadas matérias, podendo ser aconselhável, em determinados casos, a suspensão de um ou de alguns dos processos até a manifestação de determinada porta de acesso à justiça a respeito do tema;

- f) a realização de cooperação para fins de consulta⁴³, figura prevista na Resolução n. 499/2023 do Conselho Nacional de Justiça, para, por exemplo, obtenção de auxílio para adequada identificação das consequências práticas de determinadas decisões ao longo do processo ou na definição dos contornos de regras de transição;
- g) a construção de novos arranjos para deliberação ou consulta, com inspiração em figuras como os *dispute boards* e a decisão administrativa coordenada, para a criação, por exemplo, de: g.1) um painel composto pelos juízos responsáveis pelos diferentes processos, com o compartilhamento de competência decisória; g.2) uma equipe de trabalho remoto⁴⁴ para acompanhamento do caso e apresentação de subsídios para as decisões; g.3) um painel consultivo composto por integrantes de diferentes instituições; g.4) um comitê decisório integrado por membros das diferentes instituições envolvidas com o problema estrutural, com atribuição para a tentativa de solução consensual de questões surgidas ao longo do processo ou com competência decisória delegada pelo juízo do caso, que será responsável por solucionar divergências não superadas pelo próprio comitê na apresentação das suas conclusões⁴⁵;
- h) a delegação da prática de certos atos processuais a outro sujeito ou instituição do sistema de justiça⁴⁶, como ocorre com a figura do administrador judicial, do interventor ou das *claims resolution facilities*⁴⁷, ou a delegação da fiscalização do cumprimento de obrigações (impostas ou voluntariamente assumidas), como ocorre com o *trustee* de monitoramento, frequentemente adotado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 176-182.

⁴⁴ A equipe de trabalho remoto pode ser composta por juízes e servidores, lotados em quaisquer unidades jurisdicionais ou administrativas, inclusive oriundos de tribunais diversos, para o desenvolvimento de teses jurídicas, soluções teóricas, pesquisas empíricas e estudos de questões complexas (art. 12-A da Resolução n. 227/2016, inserido pela Resolução n. 375/2021, ambas do CNJ).

⁴⁵ Providência semelhante foi adotada na conhecida “ACP do Carvão”, como noticiado em ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado: RPC*, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015.

⁴⁶ Sobre o tema da delegação de competências jurisdicionais, CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*, São Paulo: RT, 2021, p. 371-429; VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. São Paulo: Juspodivm, 2020, 192-199.

⁴⁷ Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. “Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, v. 287, p. 445-483.

5 EXPERIMENTAÇÃO E DESIGN DE SOLUÇÃO DE PROBLEMAS JURÍDICOS EM PROCESSOS ESTRUTURAIS (JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS)

5.1 Introdução ao design de solução de problemas jurídicos

Frequentemente, o tema do *design* de solução de problemas jurídicos é associado de maneira quase exclusiva à adoção de modos consensuais ou da arbitragem (modo de solução de origem consensual).

Essa abordagem, que pode ser chamada de reducionista, não corresponde, ao menos no Brasil, à realidade. A disciplina normativa brasileira a respeito do processo judicial é caracterizada pela flexibilidade e pelo estímulo à adequação e à inovação para o tratamento de problemas jurídicos (Didier Jr.; Fernandez, 2024, p. 53 e 119-127). Além da ampla admissibilidade de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos celebrados pelas partes (art. 190, CPC), há expressiva base normativa para o desenvolvimento de uma gestão judiciária flexível (arts. 7º, 67 a 69, 139, inciso VI, 297, 301, 327, § 2º, 536, § 1º, CPC). Há, ainda, espaço para uma dimensão negocial da administração judiciária (Didier Jr.; Fernandez, 2024, p. 199-202) (como se observa em relação à adoção do Juízo 100% Digital e dos Núcleos de Justiça 4.0, nos termos, respectivamente, das Resoluções n. 345 e 385 do Conselho Nacional de Justiça). Não há dúvidas: uma das principais marcas do Código de Processo Civil é a flexibilidade.

A diretriz também pode ser percebida no processo administrativo, seja pela aplicação, no que couber, do Código de Processo Civil, por força do seu art. 15 do próprio CPC⁴⁸, seja com fundamento na Lei n. 9.784/1999 (exemplificativamente, a figura da decisão administrativa coordenada, prevista nos arts. 49-A a 49-G) e em atos internos dos entes administrativos.

O ambiente normativo no Brasil é favorável ao desenvolvimento de formas inovadoras e ajustadas às especificidades de cada caso ou de perfis de casos para o tratamento de problemas jurídicos. Há, então, uma relação muito próxima entre *boas práticas* (Didier Jr.; Fernandez, 2024, p. 128-150) e *design* de solução de problemas jurídicos.

Tudo isso leva a duas conclusões.

O tema do *design* de solução de problemas jurídicos interessa a profissionais e instituições públicos e privados que atuam no sistema de justiça, em qualquer das suas portas.

No *design* de solução de problemas jurídicos, é possível identificar as características da abertura, da auto-organização, da adequação e, de acordo com o caso, da integração, presentes no sistema brasileiro de justiça multiportas (Didier Jr.;

⁴⁸ Dispositivo cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno, ADI n. 5.492, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 25.04.2023, publicado em 09.08.2023).

Fernandez, 2024, p. 128-150). Novos modos de solução de problemas jurídicos podem ser criados, assim como podem ser integrados dois ou mais modos já existentes, sem prévio planejamento de uma autoridade geral do sistema (no Brasil, inexistente), mas sempre com o propósito de assegurar tratamento adequado às circunstâncias do caso e dos seus envolvidos. O *design* de solução de problemas jurídicos é um catalisador do sistema brasileiro de justiça multiportas e da inovação direcionada à solução de problemas jurídicos (Paolinelli, 2023, p. 192).

5.2 Experimentação jurídica

Admitir uma *abordagem experimentalista* para a solução de problemas da vida real significa assumir, como premissa epistemológica, que instituições e sujeitos estão inseridos em um “processo de descoberta e de aprendizagem coletivas” (Unger, 2011, p. 59). Sob essa perspectiva, o experimentalismo não se dedica à identificação de conclusões definitivas a respeito de relações de causa e efeito, mas a um processo de constante análise e revisão de políticas e de procedimentos, a partir de parâmetros justificados e com submissão ao controle social, com o objetivo de aperfeiçoar os mecanismos de realização do interesse público (Sabel; Zeitlin, 2012, p. 175; Ansell; Bartenberger, 2016, p. 65).

Especificamente no âmbito jurídico⁴⁹, a experimentação pode ser utilizada, pelo menos, para fins regulatórios, administrativos e para a condução de processos⁵⁰.

⁴⁹ Na área do Direito Administrativo, confira-se a série de artigos publicados por Paulo Modesto: MODESTO, Paulo. *Direito Administrativo da experimentação: uma introdução*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>>; MODESTO, Paulo. *Decisão coordenada: experimentação administrativa processual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual>>; MODESTO, Paulo. *O silêncio administrativo como técnica de experimentação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao>>; MODESTO, Paulo. *Experimentação consensual na organização administrativa: contratos de desempenho*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-03/interesse-publico-experimentacao-consensual-organizacao-administrativa>>; MODESTO, Paulo. *Simplificação administrativa e experimentação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/interesse-publico-simplificacao-administrativa-experimentacao>>; MODESTO, Paulo. *Federalismo administrativo, processo e experimentação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao>>; MODESTO, Paulo. *Inteligência artificial, ChatGPT e experimentação administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-fev-09/interesse-publico-inteligencia-artificial-chatgpt-experimentacao-administrativa>>; MODESTO, Paulo. *Negócios processuais e experimentação administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-14/interesse-publico-negocios-processuais-experimentacao-administrativa>>. Vide, ainda, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. “Administração Pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras”. *Soluções Autorais*, ano 6, n. 62, maio/2023, p. 37-49.

⁵⁰ Gabriel Pascual classifica os experimentos jurídicos em privados e públicos, subdividindo estes em experimentos legislativos, administrativos e judiciais (PASCUAL, Gabriel Do-

Experimentos jurídicos processuais são encontrados no âmbito de diferentes métodos de solução de problemas jurídicos.

É importante perceber, aqui, que os arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 190 do CPC, que integram o conjunto de normas estruturantes do sistema brasileiro de justiça multiportas⁵¹, estimulam a construção, por diferentes instituições e profissionais, de soluções adequadas para os problemas jurídicos. Bem vistas as coisas, desses dispositivos é possível extrair uma cláusula de abertura à experimentação processual.

Ilustrativamente, iniciativas como a integração da plataforma *consumidor.gov.br* ao sistema PJe, com o estabelecimento de um projeto-piloto⁵², a constituição de equipes de trabalho remoto (Resolução n. 375/2021, CNJ) e a configuração de novos modos de tratamento dos problemas jurídicos e de atuação dos sujeitos do processo com base em atos de cooperação judiciária (inclusive interinstitucional) e em negócios processuais são mecanismos de estímulo a uma postura experimental no processo.

A experimentação revela-se especialmente útil, ainda, na condução de processos estruturais⁵³, notadamente diante da frequente possibilidade de adoção de múltiplos caminhos para a realização da reestruturação.

5.3 Livre trânsito: trânsito de técnicas e trânsito entre portas para a solução de problemas jurídicos estruturais

Os arts. 3º, 15, 327, § 2º, 926 e 1.049, parágrafo único, do CPC, interpretados em conjunto, podem ser compreendidos como a base normativa para o *livre trânsito de técnicas*⁵⁴ entre diferentes portas de acesso à justiça (Didier Jr.; Fernandez,

ménech. Experimentos en la teoría y la práctica del Derecho. Palestra proferida no XIII Seminario de Teoría y Método (STEM), na Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, em 31 de maio de 2019, p. 9-10. Disponível em: <https://www.academia.edu/39023086/Experimentos_en_la_teor%C3%ADa_y_la_pr%C3%A1ctica_del_Derecho>).

⁵¹ Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie; FERNÁNDEZ, Leandro. “O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores”. *Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte*, v. 3, p. 13-41, 2023.

⁵² Como previsto no Acordo de Cooperação Técnica n. 16/2019, celebrado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). O projeto foi inicialmente desenvolvido no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), estando atualmente em fase de expansão para outros tribunais.

⁵³ Sobre o tema, longamente, GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. *Experimentação nos processos estruturais: uma introdução ao experimento jurisdicional de reestruturação*. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022.

⁵⁴ Sobre o tema do trânsito de técnicas processuais, DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

2024, p. 709). Isto é, em um sistema integrado, como o brasileiro, é possível buscar na disciplina regente de outra porta a técnica adequada para abordar determinado aspecto do caso, não necessariamente adotando o CPC como fonte preferencial para aplicação.

É permitida, ilustrativamente, a exportação para o processo judicial ou arbitral de técnicas previstas na Lei n. 13.140/2015 ou de técnicas disciplinadas no processo perante determinada agência reguladora, quando compatíveis com o caso.

No âmbito dos processos estruturais judiciais, a lógica de funcionamento dos comitês de resolução de disputas pode ser *importada* como inspiração para o tratamento adequado de problemas estruturais. Os parâmetros de organização de processos coletivos estimulados pela Recomendação n. 76/2020 do Conselho Nacional de Justiça, muito proveitosos para diversas modalidades de processos estruturais, podem ser *exportados* para outras portas de acesso à justiça, no âmbito de processos administrativos, por exemplo, quando isso se revelar adequado ao caso.

É possível, ainda, o trânsito entre portas de acesso à justiça, como decorrência da característica da integração, presente no sistema brasileiro de justiça multiportas. O deslocamento entre portas pode ocorrer, por exemplo, para a prática de determinados atos, de maneira provisória ou definitiva, preferencialmente com o aproveitamento dos atos já praticados⁵⁵.

5.4 Algumas variáveis relevantes em processos estruturais

A obtenção do máximo proveito do *design* de solução de problemas jurídicos depende, ao mesmo tempo, da sua adequação às especificidades do caso e da exploração das características das portas de acesso à justiça utilizadas. É fundamental, então, a identificação de quais variáveis são realmente relevantes para o sucesso do *design* diante de problemas jurídicos estruturais. Algumas dessas variáveis são apresentadas a seguir.

- a) o ordenamento jurídico estabelece a obrigatoriedade de adoção de determinado procedimento para o alcance do resultado desejado?
- b) o ordenamento jurídico estabelece limitações ou condicionantes em relação a certos modos de solução do problema jurídico?
- c) é obrigatório (ou, ao menos, aconselhável) o envolvimento de outros possíveis interessados?

⁵⁵ O tema do trânsito entre portas de acesso à justiça é desenvolvido em DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*, cit., p. 711-715.

- d) é recomendável contar com o apoio de especialistas de outras áreas? Sendo o caso, é possível, ilustrativamente, a utilização, no âmbito do processo judicial, da figura do *amicus curiae* ou de apoio prestado por cooperação judiciária para fins de consulta (art. 6º, XXII, Resolução n. 350/2020, CNJ) ou por equipes de trabalho remoto (Resolução n. 375/2021, CNJ);
- e) é aconselhável fracionar entre diferentes portas a prática de atos ou a atribuição para solução (ou a tentativa de solução) do problema jurídico?
- f) em um juízo comparativo, há alguma instituição com maior capacidade institucional para o tratamento adequado do problema jurídico, consideradas as circunstâncias concretas?
- g) as especificidades do caso tornam aconselhável a adoção de iniciativas de experimentação institucional, no processo judicial ou administrativo?
- h) o problema jurídico possui caráter multipolar ou policêntrico? (Arenhart, 2019, p. 473-474; Mazzei, 2022, p. 28-46).
- i) o *design* proposto assegura a efetiva participação dos grupos envolvidos no problema jurídico, inclusive daqueles minoritários? (Vitorelli, 2022, p. 182-286; Vitorelli; Barros, 2022, p. 77-196).
- j) o *design* proposto considera as escolhas, a cultura e o papel de protagonismo da comunidade em que ocorreu o problema jurídico, incorporando tais fatores para a construção da solução? Isto é, há engajamento comunitário? (Haslett; et al., 2012, p. 31-45.)
- ķ) é aconselhável a importação de técnica existente em outra porta de acesso à justiça, apta a contribuir para a solução adequada do problema jurídico?
- l) ao menos um dos envolvidos no problema jurídico é um litigante habitual? Há medidas estabelecidas e disponíveis para o tratamento adequado do seu perfil de litigância? É aconselhável promover ou propor a adoção ou revisão de medidas específicas?
- m) é recomendável o estabelecimento de sanções premiais⁵⁶ para estimular determinado comportamento?
- n) o *design* construído é o mais simples possível? Cada etapa, cada elemento do procedimento desenvolvido deve ser justificado por sua aptidão para contribuir de maneira relevante para a solução do problema jurídico. Etapas desnecessárias devem ser eliminadas. O *design* deve ser compreensível, econômico e racional (Costantino, 1996, p. 211).

⁵⁶ A propósito do uso das sanções premiais no processo, MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no Processo Civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

6 CONCLUSÃO

Um problema jurídico estrutural (ou, simplesmente, problema estrutural) é uma situação de desconformidade contínua e estruturada. Geralmente, um problema estrutural pode ser decomposto em uma multiplicidade de problemas jurídicos específicos, que podem ser solucionados em processos autônomos, individuais ou coletivos, de acordo com a natureza das situações jurídicas discutidas. A solução desses problemas jurídicos específicos, no entanto, não é suficiente para permitir a superação do estado geral de desconformidade, que depende de tratamento adequado em um processo destinado a reestruturar o estado de desorganização constatado, um *processo estrutural*.

Geralmente, também, nos processos estruturais, o resultado desejável pode ser alcançado por múltiplos caminhos, cuja adequação específica para contribuir para a solução do problema deve ser analisada de acordo com as circunstâncias do caso, ao longo do tempo.

Ocorre que nem sempre o Poder Judiciário disporá das condições necessárias ao tratamento adequado de problemas jurídicos estruturais. Em verdade, muitas vezes, a solução de um problema estrutural, com a transição para um estado de coisas desejável, somente é possível com a atuação, em maior ou menor medida, de outros agentes.

Além disso, há situações nas quais toda a reestruturação do estado de coisas ocorre fora do Poder Judiciário, no âmbito de órgão ou entidade que possui mais elevada capacidade institucional para o tratamento de temas específicos, por determinação ou autorização do legislador – sem prejuízo de eventual controle pelo Judiciário, é claro.

É possível, então, visualizar processos estruturais exclusiva ou predominantemente *judiciais*, em relação aos quais a cooperação judiciária, especialmente a interinstitucional, pode ser fundamental para o adequado tratamento do problema jurídico, e processos estruturais exclusiva ou predominantemente *extrajudiciais*.

REFERÊNCIAS

ANSELL, Christopher; BARTENBERGER, Martin. “Varieties of experimentalism”. *Ecological Economics*, 2016, v. 130.

ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 225.

_____. “Desafios do litígio multipolar”. In: JOBIM, Marco Félix; REICHEL, Luís Alberto (org.). *Colektivização e unidade do Direito*. Londrina/PR: Toth, 2019.

_____. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado*: RPC, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015.

_____. OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2022.

- BATISTA, Felipe Vieira. *A recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2017.
- BLACK, Julia. “Constitutionalising Self-Regulation”. *The Modern Law Review*, v. 59, n. 1, 1996.
- BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações particulares*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- _____. *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Juspodivm, 2023.
- _____; ZANETI JR., Hermes. “Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019, v. 287.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de Remédios Antitruste*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018.
- COSTANTINO, Cathy. “Using Interest-Based Techniques to Design Conflict Management Systems”. *Negotiation Journal*, v. 12, n. 207, 1996.
- DANTAS, Bruno. “Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU”. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 22, n. 127, jun./set. 2020.
- DIDIER Jr., Fredie. “Intervenção de *amicus curiae* em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório”. *Civil procedure review*, v. 11, n. 2, 2020.
- _____; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.
- _____; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*. São Paulo: Juspodivm, 2024.
- _____; _____. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.
- _____; _____. “O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores”. *Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte*, v. 3, p. 13-41, 2023.
- _____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, v. 4.
- FERREIRA NETO, Ermiro. *Contratos normativos*. São Paulo: Almedina, 2023.
- GALDINO, Matheus Souza. *Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- GODINHO, Robson Renault. “A autocomposição no processo coletivo entre o discurso e a possibilidade”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 84, abr./jun. 2022.
- GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. *Experimentação nos processos estruturais: uma introdução ao experimento jurisdicional de reestruturação*. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022.
- HASLETT, Tim et al. “Framework for Development and Evaluation of Community Engagement”. *International Journal for Court Administration*, v. 4, n. 2, 2012.
- JORDÃO, Eduardo; PALMA, Juliana. “El Tribunal de Cuentas de la Unión brasileiro: una institución muy peculiar”. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 20, n. 4, out./2022.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.
- MAZZEI, Rodrigo. *Ensaio sobre o inventário sucessório*. São Paulo: Juspodivm, 2022.
- MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no Processo Civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- MODESTO, Paulo. *Decisão coordenada: experimentação administrativa processual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual>>.
- _____. *Direito Administrativo da experimentação: uma introdução*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-14/interesse-publico-direito-administrativo-experimentacao-introducao>>.

_____. *Experimentação consensual na organização administrativa: contratos de desempenho*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-mar-03/interesse-publico-experimentacao-consensual-organizacao-administrativa>>.

_____. *Federalismo administrativo, processo e experimentação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-08/interesse-publico-federalismo-administrativo-processo-experimentacao>>.

_____. *Inteligência artificial, ChatGPT e experimentação administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-fev-09/interesse-publico-inteligencia-artificial-chatgpt-experimentacao-administrativa>>.

_____. *Negócios processuais e experimentação administrativa*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-14/interesse-publico-negocios-processuais-experimentacao-administrativa>>.

_____. *O silêncio administrativo como técnica de experimentação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao>>.

_____. *Simplificação administrativa e experimentação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-28/interesse-publico-simplificacao-administrativa-experimentacao>>.

MOREIRA, Vital; MOREIRA, Vital; MACÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; CARMO, Thiago Gomes do. “Administração Pública experimental: licitação e contratação de soluções inovadoras”. *Soluções Autorais*, ano 6, n. 62, maio/2023.

PAOLINELLI, Camilla. *Acesso à justiça, tecnologia e design bottom-up: uma proposta-modelo para o redesenho do acesso à justiça digital do segurado especial*. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2023.

PASCUAL, Gabriel Doménech. Experimentos en la teoría y la práctica del Derecho. Palestra proferida no XIII Seminario de Teoría y Método (STEM), na Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, em 31 de maio de 2019.

SABEL, Charles F; ZEITLIN, Jonathan. “*Experimentalist governance*”. In: LEVI-FAUR, David (ed.). *The Oxford handbook of governance*. Nova York: Oxford University Press, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Introdução às agências reguladoras”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

UNGER, Roberto Mangabeira. “A constituição do experimentalismo democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, 257, 2011.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2022.

_____; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos*. São Paulo: Juspodivm, 2020.

CAPÍTULO III

REPARAÇÃO DE DANOS SOCIAIS POR MEIO DO PROCESSO ESTRUTURAL

*Vanessa Yume de Souza Diniz*⁵⁷

*Diego Bianchi de Oliveira*⁵⁸

*Carlos Eduardo Malinowski*⁵⁹

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea apresenta uma multiplicidade de relações e conflitos que desafiam os limites tradicionais do direito privado. A expansão das atividades empresariais, a complexificação das estruturas institucionais e a padronização de condutas que afetam um número indeterminado de pessoas criaram novas formas de violação de direitos, cujos efeitos transcendem o in-

⁵⁷ Especialista em Ciências da Família pela Faculdade Mar do Atlântico (FMA). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e em Administração pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Graduanda em Biblioteconomia pela Universidade Cidade Verde (UniCV). Advogada.

⁵⁸ Doutor em Direito pela UNIMAR. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela FACUMINAS e em Direito Imobiliário pela UCAM. Graduado em Direito pela UEMS e em Administração pela UNIDERP. Professor Titular do curso de Direito e do Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR e Professor Efetivo do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. É editor-chefe da Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR.

⁵⁹ Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Graduado em Direito pela UEMS e em Engenharia Agrônômica pela UFPR. Especialista em Comunicação pela FECEA. Professor efetivo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Professor do curso de Pós-graduação Segurança Pública e Fronteiras. Assessor Especial da Reitoria da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

divíduo e repercutem sobre a coletividade. Nesse cenário, a responsabilidade civil, concebida sob uma lógica essencialmente compensatória e individualista, revela-se muitas vezes insuficiente para lidar com danos que não se esgotam em um prejuízo patrimonial isolado, mas comprometem valores sociais, econômicos e morais de alcance difuso.

Quando o ilícito se reproduz em escala coletiva – como nas práticas reiteradas de grandes corporações, nas omissões estruturais do poder público ou nas falhas sistêmicas de políticas sociais – o dano atinge o próprio funcionamento das instituições e o equilíbrio das relações comunitárias. Surge, então, a necessidade de repensar o modo como o direito reage a essas lesões, buscando instrumentos capazes de restaurar não apenas o bem violado, mas também o tecido institucional que sustenta a vida em sociedade. A reparação, nesse contexto, deixa de ser um simples retorno ao estado anterior e passa a envolver um processo de reconstrução e reorganização das condições que tornaram o ilícito possível.

Essa reflexão convida à aproximação entre duas categorias que, embora desenvolvidas em campos distintos, se complementam no plano teórico e prático: o dano social, entendido como lesão de natureza difusa que compromete valores fundamentais da coletividade, e o processo estrutural, concebido como instrumento jurisdicional apto a promover transformações duradouras em estruturas desajustadas. A articulação entre esses conceitos permite visualizar um caminho de superação do paradigma puramente individualista da responsabilidade civil, em direção a uma compreensão mais ampla da função reparadora do Direito.

Diante desse cenário, o presente estudo busca investigar de que forma o processo estrutural pode ser utilizado como instrumento efetivo de reparação dos danos sociais no ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese que orienta esta investigação sustenta que o processo estrutural, ao permitir a participação dos sujeitos envolvidos e a construção de soluções progressivas e duradouras, constitui o instrumento mais adequado para reparar danos sociais, pois não se limita à compensação pecuniária individual, mas promove a transformação das estruturas institucionais que perpetuam a violação de valores coletivos.

O método empregado é o dedutivo, partindo de premissas gerais sobre a função social da responsabilidade civil e sobre o dever constitucional de reparação, para alcançar conclusões particulares acerca da aplicabilidade do processo estrutural na tutela de danos sociais. Essa escolha metodológica permite compreender o fenômeno a partir de uma perspectiva sistemática, relacionando os princípios constitucionais, as normas infraconstitucionais e a evolução doutrinária do tema. Complementarmente, adota-se uma abordagem qualitativa e teórico-dogmática, com ênfase na interpretação normativa e na análise comparativa da literatura jurídica nacional e estrangeira. Os procedimentos de pesquisa consistem na revisão bibliográfica, na interpretação sistemática das normas ju-

rídicas e na identificação de fundamentos teóricos que justifiquem a adoção de medidas estruturais no âmbito da reparação social.

O desenvolvimento do trabalho parte da construção conceitual do dano social, examinando suas origens, sua natureza difusa e sua inserção no sistema da responsabilidade civil. Em seguida, analisa-se a dimensão estrutural dessas lesões e o modo como elas exigem respostas jurisdicionais de caráter coletivo e transformador. A etapa posterior volta-se à compreensão da função reparadora do processo estrutural, explorando como esse modelo processual, ao privilegiar o diálogo institucional e a cooperação entre os sujeitos, pode assegurar a reconstrução de valores e estruturas comprometidas.

A investigação, assim delineada, não se limita a identificar as deficiências do modelo compensatório tradicional, mas busca evidenciar o potencial do processo estrutural como meio de restaurar o equilíbrio entre o poder econômico e os direitos fundamentais. A análise propõe uma leitura integrada entre responsabilidade civil e tutela coletiva, indicando que a verdadeira reparação, em um Estado Democrático de Direito, não se encerra no ressarcimento financeiro, mas se realiza na reconstrução de uma ordem social justa, solidária e comprometida com a efetividade constitucional.

2 CONSTRUÇÃO CONCEITUAL DO DANO SOCIAL

O Código Civil nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 prevê a reparação de danos materiais indiretos, ou seja, para pessoas que não sejam o próprio prejudicado. A utilidade desta ampliação do conceito de dano e seus possíveis atingidos é benéfica quando o dano acaba extrapolando os limites da pessoa lesada, ocorrência que pode ser considerada o ponto inicial para a compreensão do dano social.

O dano social origina-se da possibilidade de ampliação dos danos imateriais. Neste mister, Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 382) propõe uma nova conceituação inferindo que “os danos sociais são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”.

Ao perceber condutas socialmente reprováveis, o juiz pode fixar duas verbas: a compensatória à vítima e outra de caráter punitiva a título de dano social. A indenização referente ao dano social não deve ser direcionada à vítima, pois o dano não atingiu somente aquele autor específico e sim toda a sociedade. Desta feita, a indenização seria destinada a um fundo criado pela Lei n. 7347/85, previsto no art. 100 do Código de Defesa do Consumidor ou ainda a uma instituição de caridade, a critério do juiz, conforme art. 883, parágrafo único do CC/02. Busca-se neste caso a aplicação da função social da responsabilidade civil.

O dano social acarretado pelas condutas praticadas por grandes conglomerados empresariais começa a receber da doutrina e da jurisprudência a atenção necessária para frear o liberalismo econômico desmedido, até mesmo porque não é tarefa fácil verificar os danos causados aos direitos transindividuais.

Todavia, apesar desta dificuldade é manifesto que as condutas destas empresas ultrapassam as questões materiais e subjetivas das partes do processo e acabam por atingir a coletividade. A Constituição Federal, em seu capítulo relativo aos princípios gerais da atividade econômica, ao mesmo tempo em que garante a livre iniciativa prevê a defesa do consumidor e a repressão de abusos, que neste trabalho por sua especificidade dão ensejo aos danos sociais.

Face à limitação comumente aplicada na responsabilidade civil, onde os magistrados evitam indenizações vultosas para não importar em enriquecimento ilícito das vítimas dos danos, a consequência é encorajadora para as empresas que agem de má-fé na tentativa de auferir lucros indevidos ou imorais. Como exemplo, é possível citar bancos e operadoras de telefonia que lançam pequenos valores mensalmente nas contas de seus clientes, que desistem de reclamar por causa de um a dois reais descontados todo mês. Mas esta pequena quantia indevida multiplicada por uma base de milhões de clientes assegura um lucro extra que faz compensar as poucas e pequenas indenizações concedidas a alguns consumidores que chegam a processar estas empresas. Outro exemplo vem de algumas seguradoras de saúde que têm ordem de negar a maioria dos procedimentos a seus segurados, que procuram e abarrotam ainda mais o sistema público – retirando a oportunidade de quem depende deste sistema – por um serviço que já foi pago em contrato particular.

Essas práticas revelam o fracasso do modelo compensatório tradicional em lidar com danos de natureza difusa e reiterada. A ausência de condenações exemplares e de reparações coletivas efetivas cria um incentivo econômico à ilicitude, transformando a violação em estratégia empresarial. Não raro, os balanços financeiros dessas corporações, marcados por lucros recordes, demonstram que tais condutas não decorrem de necessidade, mas de cálculo racional de custo-benefício: compensa descumprir a lei. Assim, o discurso da “responsabilidade social corporativa” torna-se paradoxal – ou mesmo cínico – quando dissociado de práticas empresariais compatíveis com a ética, a boa-fé e a função social da atividade econômica.

Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 380) esclarece que a indenização por dano social deve abarcar não necessariamente a punição do agente, mas a dissuasão da conduta:

Observamos, sobre isso, que a pena tem em vista um fato passado enquanto que o valor de desestímulo tem em vista comportamento futuro: há punição *versus* prevenção. O desestímulo é tanto para o agente quanto para outros que fiquem

tentados a repetir o mesmo ato lesivo. Nesse sentido a indenização dissuasória é didática. Como todo ensinamento, projeta-se no futuro. O valor de desestímulo, por outro lado, voltando à comparação com a punição, é especialmente útil quanto se trata de empresa, pessoa jurídica, agindo no exercício de suas atividades profissionais, em geral atividades dirigidas ao público, como no caso de consumidores.

Nessa perspectiva, o dano social revela-se como um conceito de natureza estrutural e simbólica, voltado não apenas à punição do infrator, mas à restauração da confiança pública e à reafirmação dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito.

2.1 O dano e sua dimensão social nas relações privadas

A realidade social, que traz em seu espectro uma intrincada teia de relações, por vezes potencialmente causadoras de prejuízos, cria simultaneamente a noção de responsabilidade, entendida como instrumento de segurança e garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Há, portanto, um sentido de recomposição: a obrigação de restituir visa não deixar irressarcida a vítima de um ato ilícito.

Dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, acarretando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 95-96) o conceitua como “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.”. Destarte, o dano é a lesão de um bem jurídico tutelado, tanto patrimonial quanto moral. É possível determinar três categorias: dano patrimonial, dano moral indireto (decorrente do patrimonial) e dano moral direto ou puro, que não tem reflexos econômicos imediatos.

A compreensão detalhada do que se entende por dano é fundamental para estabelecer uma das bases da responsabilidade civil e para vislumbrar a ocorrência do dano social, entendido como uma nova categoria de dano de natureza difusa. Nesse sentido, Álvaro Villaça de Azevedo (1998, p. 238) assinala que “a palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representando o resultado de qualquer espécie de lesão (consumerista, ambiental, moral, religiosa, econômica, política, etc.); entretanto, no prisma jurídico, o dano circunscreve-se a detrimência econômica ou moral.”

Ao delimitar juridicamente esse conceito, Álvaro Villaça de Azevedo (1998, p. 238) pontua que “toda vez que alguém sofrer uma diminuição no seu patrimônio estará experimentando um prejuízo material, sofrendo um dano”. Para que esse dano tenha existência jurídica no ordenamento brasileiro, o autor explica que deve “representar uma redução no acervo dos bens materiais, materiais

morais ou simplesmente morais”. O mesmo raciocínio se aplica às hipóteses em que “a pessoa vitimada por ato ilícito de outrem experimenta dor considerável, ainda que sem perda patrimonial” (Azevedo, 1998, p. 238).

Corroborando a tese de que não há necessidade de redução direta do patrimônio, Caio Mario da Silva Pereira (1998, p. 235-243) acrescenta que “[...] no dano é ressarcível o prejuízo sofrido pela vítima, e tanto é reparável quando implica na diminuição ou não incremento do patrimônio (dano patrimonial), quanto na hipótese em que este não é afetado, direta ou indiretamente (dano moral).”

Conforme visto, o dano serve como pressuposto da responsabilização. Maria Helena Diniz (2013, p. 55) reforça essa premissa ao afirmar que “o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo”. Nas palavras da autora, “só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão”.

Todavia, a jurisprudência contemporânea tem reiterado que, no caso do dano moral, não se exige prova material direta, por se tratar de um sentimento subjetivo, de difícil demonstração empírica. Nessa vereda, para ilustrar a convergência da doutrina pátria, colacionam-se os seguintes conceitos:

Orlando Gomes (2001, p. 277) afirma que “dano é lesão no patrimônio de alguém, contra sua vontade”. Para Silvio Rodrigues (1999, p. 13), o dano, como um dos pressupostos da responsabilidade civil, é experimentado pela vítima que se vê atingida inoportunamente, e tal princípio encontra-se positivado no art. 186 do Código Civil, segundo o qual “todo aquele que violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito”.

Em complemento, o art. 927 dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, a responsabilidade civil tem, entre seus elementos estruturais, a violação de um dever jurídico e o dano consequente. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, consistente na obrigação de indenizar o prejuízo causado.

Desse modo, a responsabilidade civil configura-se como um dever jurídico consecutivo, destinado à recomposição do dano advindo da violação de um dever jurídico antecedente. Todo comportamento humano que infringe esse dever e causa prejuízo a outrem constitui fonte geradora de responsabilidade civil.

De modo diverso do que ocorre na esfera penal – onde o ilícito pode ser reconhecido independentemente de resultado –, na responsabilidade civil o dano é elemento essencial à sua configuração. Sem dano, não se pode falar em responsabilidade. Contudo, em muitas situações o prejuízo transcende o indivíduo e alcança a coletividade, inaugurando a discussão sobre a possibilidade de um dano de caráter social, que demanda tutela diferenciada e instrumentos processuais adequados à sua recomposição.

O conceito de dano não se restringe à dimensão individual, mas comporta efeitos sociais difusos, que desafiam os limites tradicionais da reparação civil. Como adverte Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 116), “a proteção e maximização da eficácia dos direitos fundamentais impõem ao Estado o dever de encontrar um justo meio entre as relações privadas e a sua intervenção, na busca de equilibrar as relações entre o cidadão fragilizado e as forças econômicas que reitem abusos.” Essa observação, originalmente voltada ao plano constitucional, revela-se igualmente pertinente ao campo civil: a noção de dano adquire dimensão social, refletindo o dever de o Estado – e do próprio Judiciário – proteger valores coletivos e restaurar o equilíbrio nas relações privadas.

2.2 A teoria do dano social como resposta às práticas lesivas reiteradas

O comportamento reiteradamente abusivo de determinados grupos empresariais, que afeta indistintamente a coletividade, desafia os instrumentos tradicionais da responsabilidade civil. Nesses casos, a reparação individual revela-se ineficaz diante da amplitude dos prejuízos e da incapacidade de desestimular a prática de novos ilícitos. Torna-se, assim, necessário que a responsabilidade civil assuma uma função social ampliada, apta a restaurar o equilíbrio das relações econômicas e a recompor o tecido ético da convivência civil.

Diante dessa realidade, a doutrina contemporânea reconhece que a responsabilidade civil deve cumprir uma função que a sociedade exige, qual seja, a de encontrar fórmulas subsidiárias para minimizar os efeitos da crise provocada pelos chamados efeitos repetitivos da ilicitude cometida por grandes corporações. Conforme já sustentado por Diego Bianchi de Oliveira e Carlos Eduardo Malinowski (2015, p. 196), o Estado, como guardião dos valores constitucionais, precisa observar essas transformações sociais, pois, “[...] enquanto os ramos do direito aplicáveis não vislumbram solução para as práticas destas empresas, cabe ao intérprete idealizar a diretriz que constitua o antídoto contra a reiteração”, devendo-se buscar solução “que também puna o agente contraventor com a remoção do lucro obtido à custa das transgressões dos contratos e que vitimizam consumidores incapazes de se proteger”.

O modelo clássico de responsabilização – centrado em reparações pecuniárias isoladas – mostra-se insuficiente para remediar as práticas empresariais sistemicamente lesivas. Muitas corporações calculam racionalmente o risco econômico de suas condutas, preferindo manter a prática ilícita e suportar o custo das poucas condenações individuais, sabedoras de que o dano global ultrapassa, em muito, o valor das indenizações pagas. Nesse contexto, a reparação civil deixa de cumprir sua função preventiva e desestimuladora, convertendo-se, paradoxalmente, em um fator de incentivo à reiteração do ilícito.

Surge, então, a teoria do dano social como resposta às práticas lesivas reiteradas. O dano social cumpre uma dupla finalidade: punitiva, na medida em que retira do infrator o lucro obtido com a conduta antijurídica, e compensatória, pois canaliza os valores à coletividade atingida. A indenização punitiva, inspirada na noção de *punitive damages*, mas adaptada à realidade brasileira, busca recompor o equilíbrio social e restaurar a confiança pública nas instituições jurídicas e econômicas. Trata-se de reconhecer que, como já advertia Jürgen Habermas (1999), a legitimidade do Estado contemporâneo exige que o Direito atue como “meio de reestruturação do mundo da vida”, corrigindo disfunções estruturais que comprometem a solidariedade social.

Quando o método tradicional se mostra falível, e foi vulnerado pelas práticas seguintes e iguais, cabe ao Judiciário impor método alternativo de reparação para restabelecer a confiança social e reafirmar o império da legalidade. Como afirma Flávio Tartuce (2016, p. 309), “a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”. E, quanto à função pedagógica, o autor (2016, p. 430) ressalta a importância de desestimular as práticas reiteradas: “[...] é preciso salientar que a reparação deve estar sempre presente, sendo o caráter disciplinador de natureza meramente acessória (teoria do desestímulo mitigada).”

A teoria do dano social, portanto, transcende a lógica individualista da reparação civil e introduz uma dimensão pública e ética no campo do Direito Privado. Sob a ótica constitucional, o Estado – inclusive o Poder Judiciário – assume o dever de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, o que implica intervir nas relações privadas sempre que houver desequilíbrio estrutural que comprometa a dignidade humana e a justiça social. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 116) adverte que “a proteção e maximização da eficácia dos direitos fundamentais impõem ao Estado o dever de encontrar um justo meio entre as relações privadas e a sua intervenção”. Segundo o autor, essa intervenção deve ocorrer “na busca de equilibrar as relações entre o cidadão fragilizado e as forças econômicas que reiteram abusos.”

Esse dever de proteção não se restringe à omissão estatal, mas impõe obrigações positivas de prevenção e recomposição, como explicitam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012):

O conceito de obrigação de proteção ganha contornos se for reconduzido à função clássica dos direitos fundamentais de prevenção de violações. Esta função exige do Estado que, com medidas protetoras, faça frente aos perigos para os direitos fundamentais quando [...] é incontrolável o desenvolvimento que, a partir do perigo para os direitos fundamentais, ameaça desencadear a violação dos direitos fundamentais; ou [...] não é autonomamente regulável pelos atingi-

dos a interação cheia de conflitos e de colisões dos particulares, na qual podem ocorrer violações jurídico-fundamentais.

Assim, o dano social deve ser compreendido como expressão concreta do dever de proteção estatal, projetando os valores constitucionais sobre as relações privadas. A reparação, nesses casos, não visa apenas ressarcir, mas reconstituir o equilíbrio moral e estrutural da sociedade, reafirmando a solidariedade, a boa-fé e a função social da atividade econômica como imperativos de justiça e cidadania.

2.3 Legitimidade e destinação da reparação social

A principal controvérsia que envolve o dano social diz respeito à legitimidade ativa para pleitear sua reparação e à destinação dos valores indenizatórios. Como o dano social não se restringe à esfera individual – repercutindo sobre o conjunto da coletividade –, o reclamante, em nome próprio, não detém legitimidade ativa para requerer indenização a esse título. Trata-se de dano que transcende o interesse particular e, por isso, a legitimidade pertence aos entes coletivos habilitados no artigo 5º da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), além do Ministério Público, cuja função constitucional, nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal, é justamente “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A Ação Civil Pública apresenta-se, portanto, como o instrumento processual adequado para a tutela dos danos sociais, uma vez que a reparação aqui não busca compensar a vítima individual, mas restaurar valores coletivos violados. Assim, essa modalidade de indenização se distancia das ações individuais, devendo ser manejada apenas em hipóteses que envolvam lesão difusa, continuada ou estrutural, de modo a assegurar a efetividade da tutela social e a prevenção de novos ilícitos.

Essa compreensão harmoniza-se com a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, segundo a qual a Constituição não se limita a vincular o Estado, mas irradia seus valores sobre toda a ordem jurídica, impondo a todos os sujeitos – públicos e privados – o dever de respeitar e promover tais direitos. Como afirmam Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 316):

[...] aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.

Essa eficácia expansiva fundamenta a atuação estatal e coletiva na reparação de danos de natureza social, permitindo que o Estado, por meio de seus órgãos legitimados, promova a restauração de bens jurídicos difusos e valores constitucionais atingidos por condutas reiteradas e socialmente lesivas. Assim, a legitimidade do Ministério Público e dos demais entes coletivos decorre não apenas da lei ordinária, mas da função protetiva dos direitos fundamentais.

Essa função protetiva é bem delineada por Bodo Pieroth e Schlink (2012), ao afirmarem que “os diferentes direitos fundamentais aplicam-se a diferentes domínios da vida”. Segundo os autores, nesses domínios, “ora limitados ora amplos, os direitos fundamentais, ao imporem ao Estado o ônus de justificação jurídica das ingerências, protegem o particular contra ingerências do Estado”, o que ocorre “ora na sua conduta em geral, ora também apenas em modos de conduta determinados (Pieroth; Schlink, 2012).

Nessa linha, a reparação do dano social assume um caráter institucional e estruturante, funcionando como mecanismo de proteção e recomposição dos valores coletivos previstos na Constituição. A legitimidade para sua propositura, portanto, não é apenas processual, mas constitucional, representando uma manifestação do dever estatal de promover a justiça social e a solidariedade.

No que tange à destinação dos valores indenizatórios, a doutrina tem sustentado que os montantes fixados a título de dano social devem ser revertidos a fundos públicos de interesse coletivo ou a instituições sociais que promovam o bem comum. Flávio Tartuce (2016, p. 459) destaca que, além da reparação individual, “deve ser destinado o valor resultante da condenação por dano social a um fundo”, mencionando o art. 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que prevê a destinação de valores indevidos a instituições de caridade. A ideia, nesse sentido, é salutar, pois uma vez que os prejuízos atingiram toda a coletividade, difusamente, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, ainda que de forma indireta.

Assim, a destinação coletiva da reparação social concretiza a função social da responsabilidade civil, convertendo a indenização em instrumento de reconstrução institucional e de fortalecimento dos direitos fundamentais. Ao destinar os valores à coletividade, o sistema jurídico reafirma que a reparação não é mero ressarcimento econômico, mas ato de justiça redistributiva e de restauração moral, indispensável à promoção da dignidade humana e à efetividade dos princípios constitucionais da solidariedade e da cidadania.

3 PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE REPARAÇÃO DE DANOS SOCIAIS

O modelo tradicional do processo civil, construído para resolver controvérsias individuais, mostra-se insuficiente diante da complexidade dos litígios

contemporâneos e da multiplicação de violações coletivas que exigem respostas jurisdicionais mais amplas e transformadoras. Os conflitos que envolvem danos sociais – aqueles que atingem toda a coletividade e desestabilizam a ordem institucional – não se satisfazem com a reparação meramente patrimonial. Exigem a reformulação de estruturas que perpetuam o ilícito, o desequilíbrio e a desigualdade.

Trata-se, portanto, de um deslocamento do paradigma clássico da jurisdição, que deixa de se limitar à aplicação retrospectiva da lei – voltada apenas à recomposição patrimonial – para assumir um papel prospectivo, de transformação e reconstrução institucional. Essa virada metodológica do processo está diretamente relacionada à busca por instrumentos capazes de produzir resultados estruturais duradouros e socialmente significativos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 71) destacam que o novo enfoque de acesso à justiça depende da correlação e adaptação do processo civil ao tipo de litígio. Diferentes conflitos apresentam barreiras específicas ao acesso e, por isso, demandam soluções processuais igualmente diferenciadas. Demandas simples, como a cobrança de uma dívida não contestada, são menos custosas e complexas do que litígios de alta sofisticação probatória, como aqueles em que se discute fraude.

Nessa direção, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim (2022, p. 61) ressaltam que pensar o processo como instrumento de tutela efetiva pressupõe conhecer a realidade concreta à qual ele se destina. Não se trata, portanto, de um modelo único e rígido, mas de um sistema que deve ser desenhado conforme as necessidades e peculiaridades das situações que busca resolver. A estrutura procedimental, as técnicas de cognição, a forma de participação dos sujeitos e até o papel do juiz precisam ser ajustados a partir da compreensão da natureza dos conflitos. Em outras palavras, o processo não pode ser indiferente ao contexto social em que se insere, sob pena de se tornar um mecanismo formalmente correto, mas materialmente ineficaz.

É justamente nessa dimensão adaptativa que o processo estrutural se insere, pois ele representa uma resposta institucional ao reconhecimento de que certas lesões não se resolvem com a simples declaração de direito ou com a imposição de condenações isoladas. Seu propósito é restaurar o equilíbrio social por meio da reorganização de estruturas administrativas, jurídicas e econômicas cuja disfunção produz efeitos lesivos de ampla repercussão.

Em linha semelhante, Edilson Vitorelli (2018, p. 336) explica que os “litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”. Essa concepção revela o caráter sistêmico das lesões sociais, que não decorrem de eventos isolados, mas de falhas organizacionais e práticas reite-

radas, razão pela qual sua reparação demanda medidas judiciais continuadas e estruturantes.

De acordo com Eduardo Cambi e Virgínia Telles Schiavo Wrubel (2019, p. 57), “[...] os processos e decisões judiciais estruturais – por envolverem a reforma de estruturas burocráticas por meio de medidas impostas pelo Estado-Juiz, a previsão de políticas públicas e o questionamento da eficiência dos serviços públicos” representam um movimento de renovação crítica e reconceituação do processo civil contemporâneo.

A doutrina contemporânea tem delineado o conceito de processo estrutural. Para Danilo Vital (2025), trata-se de “uma forma de lidar com conflitos abrangentes por meio de medidas mais organizadas e consensuais, como a criação de planos a longo prazo”. Complementando tal definição, Ferdinando Scremin Neto (2022, p. 44), explica que o processo estrutural “tem por premissa demandas estruturais, isto é, conflitos cujo ferramental clássico do processo civil pode mostrar-se insuficiente, ou melhor, lides em que a abertura epistemológica e democrática faz-se necessária para a busca da melhor solução aos casos concretos”.

Essa abertura epistemológica, mencionada pelo autor, evidencia que a reparação dos danos sociais depende da colaboração entre diversos atores (Estado, sociedade civil e instituições) em um modelo processual dialógico e participativo. A função reparadora, nesse sentido, não se restringe ao juiz, mas envolve uma rede de corresponsabilidade institucional voltada à reconstrução das bases sociais e jurídicas afetadas pelo dano.

No plano latino-americano, conforme leciona Flávia Piovesan e Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez (2024, p. 296), a definição de processo estrutural “abrange os processos judiciais caracterizados por envolver diversos órgãos e instituições estatais, aos quais são imputadas as falhas de ordem pública que contribuem para as violações de direitos que afetam uma multiplicidade de pessoas”.

A noção de reparação, nesse contexto, assume um sentido coletivo e transformador: reparar é reconstruir. É reconstituir a funcionalidade de instituições que, pela omissão ou má gestão, se tornaram fontes contínuas de desigualdade e exclusão.

Vale ressaltar que a tutela estrutural deve ser modulada conforme a gravidade do estado de desconformidade identificado, exigindo do Poder Judiciário uma atuação intensa e cooperativa com os sujeitos processuais. Isso porque o objeto dessas demandas pode envolver tanto a formulação e implementação de políticas públicas quanto o controle judicial de aspectos tradicionalmente reservados ao mérito administrativo (Scremin Neto, 2022, p. 59).

Marcus Aurélio de Freitas Barros (2021, p. 320) observa que ainda são escassos os estudos jurídicos que colocam os litígios coletivos no centro das dis-

cussões processuais, especialmente aqueles que envolvem reformas estruturais complexas e duradouras em entidades públicas ou privadas responsáveis pela execução de políticas públicas. Essa constatação reforça a urgência de incorporar o processo estrutural como ferramenta de recomposição social, particularmente voltada à reparação de danos difusos e institucionais.

Assim, o processo estrutural emerge como o instrumento jurídico mais adequado para operacionalizar a reparação dos danos sociais, permitindo que a jurisdição transcenda a condenação pecuniária e atue na transformação das estruturas que originam e perpetuam o dano coletivo. Nessa lógica, o juiz deixa de ser mero aplicador da lei para assumir uma função coordenadora, de acompanhamento e verificação contínua da implementação das medidas reparatórias, garantindo que o resultado não seja apenas jurídico, mas socialmente efetivo. A resposta judicial, nesses casos, deve ser progressiva, participativa e voltada à restauração de valores fundamentais, garantindo não apenas a reparação do prejuízo, mas a reconstrução do equilíbrio social e o fortalecimento da confiança pública nas instituições.

3.1 Dano social como lesão estrutural

O dano social ultrapassa o plano individual para atingir o próprio modo como as estruturas sociais, econômicas ou institucionais funcionam. Conforme explica Antonio Junqueira de Azevedo (2009, p. 380-381) “é que um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida população”.

Não se trata apenas da soma de lesões particulares, mas de um estado de desconformidade coletivo e persistente, que reproduz desigualdades e compromete a dignidade humana. “Na medida em que se aprofundam os estudos em relação aos Direitos Sociais, percebe-se que não há uma regra positivada e específica”. O autor complementa que se trata, na verdade, “de ‘uma regra de caráter transcendental’ que engloba valores da solidariedade, justiça social e a proteção da dignidade humana” (Margraf, 2018, p. 46, grifo do autor).

A esse respeito, José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 38) ensina que a positivação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, dos direitos sociais, através da consagração constitucional de garantias institucionais, força o legislador a viabilizar a proteção e a essência de certas instituições, tais como a família, a administração local e a saúde pública, e assim, adotar medidas estritamente ligadas com o valor social eminente dessas instituições.

Nessa linha, a teoria do dano social aproxima-se da noção de violação estrutural, pois a agressão a valores constitucionais essenciais (como a solidariedade e a dignidade) compromete o funcionamento equilibrado das instituições e,

consequentemente, o bem-estar coletivo. Trata-se de um tipo de lesão que exige não apenas compensação, mas restauração.

Essa leitura constitucional da responsabilidade civil e do processo permite compreender que a reparação do dano social possui um caráter estrutural, voltado à recomposição de valores e instituições essenciais à vida coletiva. Como destacam Carlos Eduardo Malinowski e Diego Bianchi de Oliveira (2015, p. 191), “em determinadas situações, o dano transcende a esfera individual, e a depender da conduta ou intenção do causador do dano, o ato ilícito e seu dano poderão ser enquadrados como dano social”. O prejuízo, portanto, não se limita ao patrimônio ou à moral de uma vítima específica, mas desorganiza valores comunitários como a confiança, a igualdade e a solidariedade, afetando o funcionamento ético e institucional da sociedade.

A compreensão do dano social sob esse viés revela a necessidade de repensar o papel da responsabilidade civil e do processo como instrumento de política pública. A indenização, nesse contexto, cumpre função simbólica e pedagógica, mas a verdadeira reparação só ocorre quando o processo é capaz de induzir mudanças nas práticas e nas estruturas que deram origem à lesão.

Sob essa ótica, há uma nítida dimensão estrutural do dano social, uma vez que sua gênese decorre de práticas ou omissões institucionalizadas. O litígio estrutural, conforme define Edilson Vitorelli (2018, p. 336), “é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura”.

Nessa conjuntura, Alencar Frederico Margraf (2018, p. 45) ressalta que:

Por mais que pareça uma medida demasiadamente onerosa, à aplicação da Teoria do Dano Social deve ficar ressaltado que, dela, estar-se-á obrigando as empresas a possuírem um controle e uma escolha mais severa dos seus empregados e, principalmente, estarão mais ‘devotadas ao interesse público’, tendo em vista que suas ações violam os Direitos Sociais previstos na Lei Suprema, e, com isso, atingem reflexamente a vida em sociedade no que tange ao meio ambiente, saúde, alimentação, moradia, assistência, educação, sendo estes os direitos mínimos para uma pessoa viver com dignidade.

Essa observação destaca o papel preventivo e disciplinador do reconhecimento do dano social: ao atribuir consequências mais amplas às condutas lesivas, o Direito impõe uma responsabilização que não se limita ao infrator, mas que visa reeducar práticas empresariais e institucionais em prol da coletividade.

Logo, quando o ilícito decorre de práticas reiteradas de agentes econômicos ou da ineficiência de estruturas públicas, a reparação civil deve assumir também contornos estruturantes, buscando eliminar as causas organizacionais que perpetuam o dano. Desse modo, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco

Félix Jobim (2022, p. 31, grifos dos autores) explicam que “tem se tornado mais comum perceber que diferentes circunstâncias materiais podem exigir *provimento e conduções* que não se encerram ou se confundem com aqueles fornecidos pelo processo civil tradicional”, de modo que se verificam essenciais “*medidas estruturais* para que a jurisdição possa se adequar às exigências da realidade”. A jurisdição, portanto, atua como mecanismo de recomposição e reordenação institucional, legitimada pela defesa de valores constitucionais e não apenas pela satisfação de interesses individuais.

Assim, o dano social revela-se como uma patologia institucional, cuja cura exige remédios estruturais. O processo civil, quando orientado por essa lógica, deixa de ser mero instrumento sancionatório e passa a atuar como mecanismo de transformação social, apto a recompor o equilíbrio entre poder econômico e valores públicos.

Compreende-se o dano social, portanto, como uma lesão estrutural à coletividade, cuja reparação requer a reconstrução de arranjos sociais, econômicos e jurídicos. Nesse contexto, Alencar Frederico Margraf (2018, p. 40) explica que determinadas condutas antissociais praticadas por grandes sociedades empresariais podem atingir um número indeterminado de pessoas, transcendendo o âmbito dos danos individuais e alcançando grupos específicos ou até mesmo toda a coletividade, o que justifica a necessidade de controle e intervenção estatal.

A reparação do dano social adquire um sentido político e institucional: ela não visa apenas restituir o *status quo ante*, mas reconstruir os pilares de uma convivência justa e solidária, restaurando a legitimidade das estruturas sociais e econômicas.

Assim, a razão de ser do processo estrutural está vinculada ao dever de assegurar a integridade da função jurisdicional, de modo que a proteção dos direitos possa ser efetivada por meio de medidas estruturantes, quando necessário. Essa forma de atuação jurisdicional busca conformar a realidade social à moralidade pública interpretada à luz dos valores constitucionais (Wichert, 2024, p. 220). Quando há colisão entre princípios constitucionais no âmbito dos litígios estruturais, a decisão da aplicação por um ou por outro princípio será feita pela ponderação, cabendo ao intérprete aferir o peso de cada um, e fazendo concessões recíprocas, se for o caso, na solução dos casos concretos (Oliveira; Malinowski, 2013, p. 121).

A reparação dos danos sociais, portanto, só cumpre seu papel transformador quando vinculada a um processo estrutural capaz de corrigir as condições que tornaram o ilícito possível, restabelecendo a confiança no sistema e o valor da justiça como instrumento de reconstrução social.

3.2 Processo estrutural e função reparadora

O processo estrutural surge como instrumento de recomposição institucional e de reparação estrutural, capaz de corrigir disfunções sistêmicas que

produzem desigualdade, exclusão e reiterados ilícitos sociais. A legitimidade do processo estrutural, segundo Patrick Zukovski Wichert (2024, p. 203), “reside na necessidade de tutelar direitos e valores constitucionais violados e não a remodelagem do mau funcionamento das coisas privadas, simplesmente porque as técnicas processuais permitem a intervenção”.

A função reparadora do processo estrutural, portanto, não se esgota em restituir bens ou indenizar prejuízos, mas se projeta na transformação das condições que deram origem à violação. Edilson Vitorelli (2018, p. 340) observa que o “funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente”. Trata-se de uma perspectiva que confere ao processo uma função reconstrutiva, alinhada ao dever constitucional de assegurar efetividade aos direitos fundamentais.

A recomposição do sistema jurídico e social passa a ser, portanto, parte integrante da própria ideia de justiça, que se realiza não apenas na sentença, mas na implementação de medidas transformadoras. Nesse sentido, a função reparadora deixa de ser apenas uma resposta *ex post* ao dano e assume um caráter preventivo e reorganizador, capaz de reconfigurar padrões institucionais e culturais que sustentam a violação. Reparar, aqui, é também reaprender socialmente a conviver sob o paradigma constitucional.

Vale esclarecer que os litígios coletivos simples, cuja providência reparatória é de fácil definição, permite ao julgador identificar de forma imediata a medida adequada para recompor o direito violado, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de cobrança indevida, em que basta determinar a restituição dos valores pagos. Em contraste, os litígios coletivos complexos envolvem situações em que a forma de tutela é incerta e multifacetada, como nos desastres ambientais de grande escala. Nesses casos, a análise ultrapassa o binômio lícito-ilícito e exige considerações de natureza política, econômica e técnica, dada a presença de problemas policêntricos e a ausência de soluções previamente delineadas pela lei, o que impõe desafios significativos à atuação jurisdicional (Vitorelli, 2018, p. 336).

A partir dessa constatação, o processo estrutural se consolida como o espaço de atuação mais adequado para reparar danos de natureza coletiva e social, pois sua estrutura aberta e flexível permite ao Judiciário adaptar-se à complexidade das situações e dialogar com os diversos atores envolvidos. Essa abertura dialógica é, por si só, uma forma de reparação, pois reintegra ao debate jurídico os sujeitos e instituições que foram historicamente excluídos das decisões que moldam a vida coletiva.

Por essa razão Ferdinando Scremin Neto (2022, p. 61) afirma que “as demandas estruturais, com efeito, possibilitam ao autor formular pedido genérico inibitório ou reparatório suficiente à correção ao status pretendido, devendo

o juiz exarar tantos provimentos quantos bastem ao objetivo da demanda”. Tal flexibilidade justifica-se pelo fato de que “a realidade da vida irá moldar o processo, não o contrário – até porque em muitos casos não é possível antever, sequer, a extensão do dano” (Scremin Neto, 2022, p. 61).

Esse caráter flexível e progressivo do processo estrutural evidencia sua aptidão reparadora, pois reconhece que as violações coletivas demandam acompanhamento contínuo, correções sucessivas e a cooperação entre Judiciário, administração e sociedade civil. A reparação, aqui, é vista como processo em movimento, e não como ato pontual. Mais do que impor resultados, o processo estrutural ensina a sociedade a gerir seus próprios conflitos com base na racionalidade democrática e na corresponsabilidade pública.

A dimensão reparadora, no âmbito do processo estrutural, implica um agir jurisdicional voltado não apenas à neutralização do ilícito, mas à reconstituição do espaço institucional que o permitiu. A atuação jurisdicional nesse contexto deve ser guiada pela prudência e pela proporcionalidade. Como adverte Patrick Zukovski Wichert (2024, p. 204), “a reforma estrutural tem a tendência de passar à frente dos direitos que a deram origem, devendo ser uma forma menos intrusiva de regulação judicial, adaptada aos casos em que é mais necessária”.

Sendo assim, o poder de reconstrução do processo estrutural deve ser exercido com cautela e legitimidade, evitando a substituição do Estado-Juiz ao Estado-Administrador. A reparação, portanto, deve se realizar sob a lógica da cooperação institucional e do diálogo interorgânico, e não como imposição autoritária de modelos de gestão.

As técnicas utilizadas no processo estrutural, conforme explicam Flávia Piovesan e Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez (2024, p. 295) “devem ser construídas a partir da centralidade das vítimas, em conformidade com os *standards* direitos humanos e com base no instituto da reparação integral (inclusive abrangendo as garantias de não repetição)”. E mais adiante os autores (2024, p. 319) afirmam que os *standards* propostos são:

[...] a centralidade das vítimas, a “participação dialógica-deliberativa” dos atores sociais, institucionais e da sociedade impactada, a articulação de uma “rede interinstitucional” colaborativa e cooperativa de aliados para a efetividade do cumprimento da decisão estrutural, o estabelecimento de planos de seguimento (identificando os responsáveis, as metas, os prazos a serem seguidos, as reuniões, as audiências públicas, os painéis de seguimento, as assembleias, os comitês dialógico-deliberativos etc.), a adoção dos princípios da transparência e da publicidade (mediante informes e relatórios públicos, periódicos, sites etc.), a perenidade no seguimento, principalmente, pela manutenção da jurisdição da Corte sobre o caso e a avaliação do impacto transformador das decisões estruturais, por meio de indicadores objetivos que permitam acompanhar sua implementação da decisão estrutural pautados no instituto da reparação integral.

Esses parâmetros evidenciam que o processo estrutural tem na reparação integral seu eixo de sustentação. Afinal, reparar significa restabelecer o equilíbrio social, assegurar a não repetição do dano e construir mecanismos de responsabilização que envolvam toda a coletividade. A reparação, portanto, é simultaneamente jurídica, institucional e moral. Nessa perspectiva, a efetividade não se mede apenas pela execução da decisão, mas pelo grau de reconstrução dos laços sociais e pela capacidade de prevenir novas violações. O êxito reparador, portanto, coincide com a restauração da confiança coletiva.

Alencar Frederico Margraf (2018, p. 53) ressalta que a responsabilização por dano social não decorre de atos isolados ou excepcionais, mas de condutas reiteradas que continuam a afetar a coletividade, evidenciando uma disfunção estrutural. O autor observa que, em muitos casos, grandes empresas adotam práticas lesivas recorrentes (como inscrições indevidas e cobranças de serviços não contratados) cujas condenações judiciais individuais, de baixo valor, não são suficientes para modificar o comportamento empresarial nem reparar o dano coletivo causado. Ainda que cada vítima obtenha compensação individual, a continuidade das condutas revela que o prejuízo social permanece, afetando inclusive aqueles que, por razões econômicas ou de acesso à justiça, não buscam o Judiciário. Diante disso, autor defende a necessidade de respostas mais amplas e eficazes, capazes de interromper a lógica de lucratividade assentada sobre práticas lesivas e de promover a recomposição do tecido social atingido.

Portanto, enquanto a indenização individual recompõe a vítima, o processo estrutural viabiliza a restauração o próprio ambiente institucional, reequilibrando as relações e desestimulando práticas sistêmicas de violação. Essa distinção evidencia que a função reparadora do processo estrutural é, antes de tudo, pedagógica, pois redefine comportamentos coletivos e cria novos padrões de conformidade ética e jurídica.

Em síntese, a função reparadora do processo estrutural não se limita à aplicação de sanções ou indenizações, mas traduz o dever estatal de recompor as estruturas sociais e institucionais degradadas pela violação de direitos. A reparação, nesse contexto, não é apenas uma resposta jurídica, mas uma forma de reconstrução social orientada pela Constituição. É por essa razão que o processo estrutural atua como instrumento de reconstrução de uma realidade desajustada, servindo como meio de reparação do próprio sistema jurídico e dos valores constitucionais afetados.

3.3 A jurisprudência brasileira na reparação de danos sociais por meio de processo estrutural

A jurisprudência brasileira tem consolidado casos paradigmáticos de danos sociais. Na apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, uma

operadora de saúde foi condenada ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de indenização por dano social, destinada ao Hospital das Clínicas, em razão de recusas reiteradas de cobertura em situações já pacificadas pela jurisprudência. O acórdão ressaltou o caráter punitivo da condenação, destacando a necessidade de coibir a reiteração de tais condutas lesivas aos direitos dos consumidores, sobretudo diante de “uma acentuada importância em dinheiro pode soar como alta a uma primeira vista, mas, isso logo se dissipa em se comparada ao lucro exagerado que a seguradora obtém negando coberturas e obrigando que seus contratados” (São Paulo, 2014, p. 20). Tal precedente ilustra como o dano social transcende a esfera individual, exigindo resposta judicial que atinja não apenas a vítima específica, mas toda a coletividade afetada pela prática empresarial sistematicamente ilícita.

A articulação entre dano social e processo estrutural também encontra respaldo na jurisprudência recente dos tribunais superiores. O Superior Tribunal de Justiça, ao consolidar a teoria do desvio produtivo do consumidor, reconheceu que a subtração sistemática do tempo útil configura dano moral coletivo quando decorre de estratégia empresarial deliberada. Em precedente julgado pela Terceira Turma, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, manteve-se a condenação de dois bancos ao pagamento de danos morais coletivos de R\$ 500 mil cada, em razão de falhas em terminais eletrônicos causadas por desabastecimento de caixas. Na ação, ajuizada pelo Ministério Público do Tocantins, constatou-se período de espera superior a 40 minutos para que os consumidores conseguissem utilizar os terminais. O acórdão fundamentou a decisão no fato de que “a inadequada prestação de serviços bancários, caracterizada pela reiterada existência de caixas eletrônicos inoperantes, sobretudo por falta de numerário [...] é apta a caracterizar danos morais coletivos”, pois representa violação ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos (Brasil, 2022).

Já no REsp 1.634.851, também relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma analisou ação civil pública movida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra a empresa Via Varejo, determinando que a empresa sanasse vícios em produtos comercializados no prazo máximo de 30 dias, sob pena de substituição do produto ou devolução do valor pago. Ambos os precedentes demonstram a aplicação da teoria do desvio produtivo como fundamento para reconhecimento de danos morais coletivos decorrentes de práticas empresariais reiteradas que desrespeitam o tempo útil do consumidor.

No Brasil, o processo estrutural ganhou notoriedade com a ADPF 347, ajuizada em 2015, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. O caso evidencia a necessidade de medidas judiciais estruturantes diante da violação massiva de direitos fundamentais de mais de 800 mil pessoas presas. O Tribunal determinou,

entre outras providências, a realização de audiências de custódia em até 24 horas e a elaboração de planos nacional e estaduais para redução da superlotação carcerária, com monitoramento contínuo pelo Conselho Nacional de Justiça. Em outubro de 2023, após oito anos de tramitação, o STF julgou procedente em parte a ação, estabelecendo prazo de seis meses para apresentação de planos coordenados, que resultaram na homologação do Plano Pena Justa, construído com participação de 5.993 contribuições da sociedade civil (Brasil, 2023a).

Outro exemplo é a ADPF 709, primeira ação estrutural concluída no STF. Ajuizada em julho de 2020 pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil para proteger comunidades indígenas durante a pandemia de COVID-19, a ação resultou na reestruturação do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. As medidas estruturais implementadas incluíram criação de barreiras sanitárias, ampliação do acesso à saúde para povos em terras não homologadas e diálogo intercultural permanente. Os resultados consistiram na expansão de 115 para 363 aldeias com sistema de abastecimento de água entre 2023 e 2024, consolidação institucional da política de saúde indígena e redução de casos de síndromes respiratórias. A ação foi extinta em outubro de 2025, após cumprimento integral das determinações, demonstrando a eficácia do modelo quando há cooperação institucional (Brasil, 2023b).

Tais precedentes demonstram que a reparação de danos sociais não se resume à indenização pecuniária, mas exige transformação estrutural das práticas que originam a lesão coletiva. Nesse sentido, o processo estrutural emerge como instrumento adequado para impedir a reprodução sistêmica de ilícitos que, embora pareçam individualmente irrelevantes, causam danos difusos de grande magnitude quando perpetrados em escala. A função pedagógica da reparação só se concretiza quando acompanhada de medidas que desestimulam a reiteração, impedindo que a violação se converta em modelo de negócio lucrativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo deste estudo permitiu compreender que a reparação dos danos sociais exige um modelo de responsabilidade civil que ultrapasse os limites do paradigma individualista e compensatório. As lesões que afetam a coletividade, quando decorrentes de práticas reiteradas, omissões estruturais ou falhas institucionais, não se resolvem pela simples indenização pecuniária. Exigem, antes, uma resposta que reconstrua as bases éticas, jurídicas e organizacionais que foram comprometidas pelo ilícito.

O processo estrutural apresenta-se, nesse contexto, como o instrumento jurisdicional capaz de realizar essa tarefa. Sua natureza dialógica e progressiva permite que a jurisdição não apenas reconheça a violação, mas também promova a recomposição das estruturas sociais que a tornaram possível. A reparação,

nesse modelo, deixa de ser um ponto de chegada e passa a ser um percurso de transformação. A lógica punitiva cede espaço à lógica restaurativa, e o processo se converte em espaço de reconstrução coletiva, no qual a participação dos diversos atores sociais reforça a legitimidade e a efetividade das decisões.

Ao aproximar o conceito de dano social do processo estrutural, observa-se que ambos compartilham uma finalidade comum: restaurar a confiança pública nas instituições e reafirmar os valores constitucionais que sustentam o Estado Democrático de Direito. A função reparadora, portanto, não se restringe à restituição do equilíbrio econômico, mas estende-se à restauração de um equilíbrio moral e institucional, capaz de impedir a reprodução das mesmas práticas que geraram o dano.

O percurso teórico empreendido também evidencia que a atuação jurisdicional contemporânea deve ser concebida em diálogo com a realidade social. O juiz, nesse novo papel, não é apenas um aplicador de normas, mas um mediador de transformações, guiado pela prudência, pela proporcionalidade e pelo dever de efetividade. Essa compreensão rompe com a tradição formalista e permite que o processo se torne instrumento de política pública, orientado à concretização dos direitos fundamentais.

A pesquisa conduzida confirma que a reparação integral de danos sociais não se realiza na dimensão puramente patrimonial, mas na reconstrução das estruturas que sustentam a convivência coletiva. O processo estrutural, ao possibilitar a reorganização institucional e a cooperação interorgânica, oferece os meios para que o Direito cumpra sua função civilizatória: recompor não apenas o que foi perdido, mas também o próprio sentido de justiça.

Em última análise, a função reparadora, quando compreendida sob a perspectiva estrutural, devolve ao Direito sua vocação transformadora. Ela reafirma que reparar não é apenas indenizar, mas reconstruir; não é apenas sancionar, mas prevenir; não é apenas resolver o passado, mas projetar o futuro sob novas bases de legitimidade, solidariedade e dignidade. É nesse movimento que o processo estrutural se revela não apenas como técnica processual, mas como verdadeiro instrumento de reconstrução social e reafirmação da Constituição em ação.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito Civil: Teoria geral das obrigações**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. 2023a. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Plenário. Julgado em 04 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709**. 2023b. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Plenário. Julgado em 30 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.929.288-TO**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 22 fev. 2022.

CAMBI, Eduardo; WRUBEL, Fernanda. Litígios complexos e processo estrutural. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 295, p. 55-84, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa**. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

MALINOWSKI, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Diego Bianchi. A reparação de danos sociais como instrumento garantidor de direitos fundamentais. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TOLENTINO, Zelma Tomaz (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Relações Jurídicas**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

MARGRAF, Alencar Frederico. Teoria do dano social: a hermenêutica constitucional como trincheira contra os grandes conglomerados econômicos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 86, p. 39-62, 2018.

OLIVEIRA, Diego Bianchi; MALINOWSKI, Carlos Eduardo. A aplicação dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade na ponderação princípios constitucionais. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, 16(1), 113-126, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos fundamentais**. Tradução António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0027158-41.2010.8.26.0564**. Relator: Des. Carlos Teixeira Leite Filho. 4ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 2014. Disponível em: <https://sl1nk.com/jlzcU>. Acesso em: 16 nov. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCREMIN NETO, Ferdinando. **Tutela de urgência e Processo Estrutural**. 2022. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

VITAL, Danilo. Julgamento sobre fracking põe à prova processo estrutural no STJ. **Consultor Jurídico**, nov. 2025. Disponível em: <https://l1nq.com/OSew6>. Acesso em: 15 nov. 2025.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 284, p. 333-369, 2018.

WICHERT, Patrick Zukovski. A legitimidade do processo estrutural no campo privado: entre o silêncio doutrinário e o problema conceitual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 354, p. 203-224, 2024.

CAPÍTULO IV

O ACESSO À JUSTIÇA E A IMPOSSIBILIDADE DO PRESO SER PARTE NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

*Rafael Rodrigues Coelho Belo*⁶⁰

*Luiz Manoel Gomes Junior*⁶¹

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça representa um dos alicerces essenciais do Estado Democrático de Direito, sendo não apenas um direito fundamental consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, mas também um pressuposto indispensável para a concretização dos demais direitos assegurados no ordenamento jurídico.

A partir desse comando normativo, evidencia-se a necessidade de assegurar que toda pessoa, independentemente de sua condição econômica, social ou jurídica, disponha de instrumentos legais e meios eficazes para buscar, junto ao Poder Judiciário, a proteção jurisdicional de seus direitos fundamentais, em especial o direito de acesso à justiça.

⁶⁰ Mestrando em Direito Processual e Cidadania no PPGD da UNIPAR, Professor Contratado do Curso de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS) da unidade de Naviraí, Advogado em Naviraí – MS. rafaelbeloadv@gmail.com

⁶¹ Pós-Doutor em Direito pela USP (FDRP). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor Titular no Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNPAERP), Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar-PR) e Professor Colaborador nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UIT-MG). Consultor da Organização das Nações Unidas e Relator da Comissão Especial do Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (2009/2010). Atuou como Pesquisador do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2014/2015). Advogado e Parecerista. luizm@luizmconsultoria.com.br

Na realidade prática, observa-se a existência de uma exclusão velada de certos segmentos sociais, os quais se deparam com obstáculos adicionais para exercer plenamente os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Entre esses grupos marginalizados, destaca-se o das pessoas privadas de liberdade, seja na condição de presos provisórios ou daqueles que já cumprem pena em regime fechado em virtude de condenação penal definitiva.

Por uma consequência óbvia da condenação penal, os presos já são privados de condições mínimas para demandar em juízo, seja em razão da ausência de assistência jurídica adequada, ou pela dificuldade de comunicação com o mundo fora dos muros, além do isolamento de acesso a informações.

Considerando esses obstáculos, que são intensificados pela condição do encarceramento do preso, verifica-se, na análise da legislação infraconstitucional, que o artigo 8º, caput, da Lei nº 9.099/1995, estabelece de forma expressa a proibição da atuação do preso como parte nos processos em trâmite perante os Juizados Especiais Cíveis (JECs).

A vedação legal abre amplo debate e controvérsia doutrinária e jurisprudencial. De um lado, temos os argumentos de que os Juizados Especiais, por seu rito simplificado e célere, não comportaria a logística necessária para garantir o contraditório e ampla defesa das pessoas privadas de liberdade.

De outro, sustenta-se que tal restrição viola o direito fundamental ao acesso à justiça, ao impedir que presos, em caráter definitivo ou provisório, os quais não perdem o exercício da sua cidadania pela condenação criminal, ficam impossibilitados de ser judicializar questões de natureza cível, que muitas vezes envolvem interesses patrimoniais ou de direitos fundamentais.

A relevância do tema torna-se evidente diante da urgência em promover uma justiça mais inclusiva e acessível, especialmente para aqueles que se encontram em situação de exclusão informal decorrente de sua hipervulnerabilidade. Nesse contexto, propõe-se uma reflexão sobre o papel constitucional do acesso à justiça, destacando a obrigação de remover ou superar os entraves que dificultam o pleno exercício do direito de ação, com especial atenção à população carcerária diante das restrições impostas nos Juizados Especiais Cíveis (JECs).

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O acesso à justiça é amplamente reconhecido como o direito fundamental mais importante do estado democrático de direito, pois sem o pleno exercício desse direito os demais servem apenas como declarações sem efetividade. Na constituição federal de 1988, essa garantia está prevista no artigo 5º inciso

XXXV⁶², e trata-se de um preceito cuja eficácia é plena e sua aplicabilidade imediata, na qual vincula diretamente os órgãos do Estado.

A doutrina clássica sobre o assunto desenvolvida após estudos de Mauro Cappeletti e Bryant Gart (1988), identificou três ondas renovatórias voltada à ampliação da garantia do acesso a justiça, sendo a primeira marcada pela ideia de assistência judiciária, a segunda pelo reconhecimento de direitos coletivos e difusos, e a terceira pelo enfoque na efetividade da prestação jurisdicional.

No cenário jurídico processual brasileiro, podemos compreender que essas fases coexistem, demonstrando a necessidade aprimoramento do nosso sistema jurídico atual para alcançar o jurisdicional mais vulnerável e excluindo informalmente.

Como pode se observar a terceira onda de acesso à justiça, que é nosso principal interesse neste trabalho, traz a ideia de simplificar o acesso à justiça pelo jurisdicionado como leciona Cappeletti e Garth (1988, P. 67-68):

O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa ‘terceira onda’ de forma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mais vai além*. Ela centra atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Assim, o direito de acesso a justiça pode ser compreendido como acesso ao Poder Judiciário ou direito a uma à jurisdição como ensina André Ramos (2025, p. 776):

O conceito de acesso à justiça (ou direito de acesso ao Poder Judiciário ou direito à jurisdição) consiste na *faculdade de requerer a manifestação do Poder Judiciário* sobre pretensa ameaça de lesão ou lesão a direito. Concretiza-se assim, o *princípio da universalidade da jurisdição ou inafastabilidade do controle judicial*, pelo qual o Poder Judiciário brasileiro não pode sofrer nenhuma restrição para conhecer as lesões a direitos. Esse direito é tido como de natureza *assecuratória*, uma vez que possibilita a garantia de todos os demais direitos, sendo oponível inclusive ao legislador e ao Poder Constituinte Derivado, pois é cláusula pétrea da nossa ordem constitucional.

Cappeletti e Garth (1988, p. 12), reforça essa ideia de que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos e pressupõe mecanismos efetivos. Nesse

⁶² Art. 5º, inciso XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

aspecto o acesso a justiça pode ser considerado como um direito inerente a condição humana.

Além disso, a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhos limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se tratar apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim, viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (Watanabe, 2019, p. 10).

Assim, podemos compreender que ao analisar o acesso a justiça, destaca-se a ideia sobre o dever do Estado reduzir ou remover os entraves burocráticos que inviabilizam, ou, muitas vezes impedem a prestação jurisdicional adequada ou exercício da mesma.

Tal circunstância é mais relevante do ponto de vista jurídico do exercício dos direitos fundamentais, haja vista que os presos são historicamente a população marginalizada e excluída da sociedade. Nesse ponto, o princípio da isonomia previsto no artigo 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal de 1988⁶³, na qual exige um tratamento diferenciado para os desiguais, com vistas à concretização da igualdade substancial, superando a mera igualdade forma diante da legislação.

Para além da Constituição Federal, o direito de acesso à justiça também encontra respaldo em instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. É o caso do artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como do artigo 8º⁶⁴, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica), ambos assegurando garantias processuais fundamentais a todas as pessoas, inclusive às privadas de liberdade

Tais tratados internacionais foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, passaram a ser compreendidos também como expressão dos direitos fundamentais. O Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em 1992⁶⁵, assumindo, com isso, o compromisso de assegurar a todas as pessoas, inclusive às que se encontram em situação de privação de liberdade, o direito de serem ouvidas por um juiz independente e imparcial, com pleno respeito às garantias legais e processuais.

⁶³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁶⁴ 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁶⁵ Promulgado pelo Decreto nº 678, de 06 novembro de 1992.

Diante desse cenário, o direito de acesso à justiça, reconhecido como norma de natureza fundamental e de projeção internacional, deve ser interpretado de forma ampla, sob pena de esvaziar seu conteúdo constitucionalmente assegurado e gerar indevida restrição a direitos. À luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a condição de pessoa presa, seja em caráter provisório, definitivo ou em regime aberto, não pode ser utilizada como justificativa legítima para negar o exercício da jurisdição. Em um sistema jurídico comprometido com a proteção dos mais vulneráveis e com o princípio da dignidade da pessoa humana, é inaceitável a exclusão, ainda que informal, do indivíduo privado de liberdade do direito de acesso ao Poder Judiciário e da possibilidade de ver seus direitos efetivamente garantidos por meio de uma resposta jurisdicional.

3 JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: PRINCÍPIOS, COMPETÊNCIAS E LIMITAÇÕES

A instituição dos Juizados Especiais Cíveis (JECs), ocorreu pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, embora que existente desde a Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984, obviamente com outro texto e realidade social. Desde esse diploma legal os Juizados eram pautados pela informalidade, celeridade e oralidade, mas com uma maior ênfase em conciliação (Rocha, 2022, p.4).

Luiz Fux (2023, p. 659) menciona a simplicidade do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis com a seguinte redação:

O procedimento desformalizado, a simplicidade da linguagem, a oralidade preferencial na prática dos atos e o ativismo judicial emprestam efetividade a esse modo de pensar justiça. Nesse sentido, trata-se de um instrumento notável de superação dos obstáculos de acesso a uma ordem justa, quais sejam, os custos, a duração do feitos, a desigualdade entre os litigantes e a qualidade da resposta judicial.

O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis trouxe inovação ao sistema judiciário em razão de oferecem uma possibilidade de acesso ao judiciário por uma via processual mais simplificada, sendo que quando foi criado nos estados funcionava com essa ideia, atuando principalmente junto à população mais carente, que representava a maior parte de seus usuários (Rocha, 2022, p.4).

Dessa forma, considerando a natureza dos Juizados Especiais Cíveis que é marcadas pela simplicidade processual e pela promoção do acesso à justiça por meio de procedimentos menos formais, é razoável sustentar que esse espaço jurisdicional também deveria estar disponível para a resolução de demandas envolvendo pessoas presas, justamente em razão da condição de vulnerabilidade e das barreiras que enfrentam para acessar o sistema judiciário.

Assim, a referida lei trouxe os princípios fundamentais a serem aplicado nos Juizados Especial com a seguinte redação: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

O dispositivo evidencia as diretrizes fundamentais com intuito de promover o acesso ao judiciário menos burocrático e simplificado, haja vista que se trata de processos denominados pela nossa Constituição Federal de 1988, como pequenas causas⁶⁶. Tal circunstância, na verdade entrega a sensação para o jurisdicionado de que o cidadão está próximo do Poder Judiciário, de modo que poderia efetivar seus direitos.

Neste intuito, é possível compreender que o legislador quis conferir uma via processual mais simplificada sem qualquer entrave para os casos de menor complexidade, para atender a população em geral, cuja condição socioeconômica seja mais vulnerável, sendo está a que apresenta mais dificuldade de acesso ao judiciário.

Em razão disso, o próprio legislador optou por admitir a possibilidade de qualquer cidadão comum que queira resolver seus litígios possa demandar pessoalmente sem a assistência de advogado nas causas inferiores a 20 salários mínimos, vejamos:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

(...)

Todavia, o caráter inclusivo da lei encontra uma limitação pela impossibilidade da pessoa presa ser parte nos Juizados Especiais Cíveis com a seguinte redação: “Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.”

A exclusão da pessoa presa como parte legítima para ajuizar ações nos Juizados Especiais Cíveis configura uma barreira adicional ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça, ou, ao próprio direito de ação. Tal restrição afeta justamente um grupo que, em razão de sua condição de encarceramento, já enfrenta, historicamente, diversas limitações no acesso ao Poder Judiciário.

⁶⁶ Art. 24. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

Obviamente a exclusão do preso do rol de legitimados para ser parte no Juizados Especiais Cíveis é justificada com fundamento da vedação prevista no art. 8 da lei é evitar que a parte, por estar presa, não possa participar diretamente dos seu procedimentos marcados pela intensa oralidade (Rocha, 2022, p.67).

Esse pensamento cria uma barreira legal, pois a presença física do réu, mostra-se um ultrapassada, haja vista a possibilidade das audiências por meio de videoconferência ou telepresencial, devidamente regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 354, de 19 de Novembro de 2020.

Diante dessa circunstância, com o avanço tecnológico e possibilidade da audiência por videoconferência ou telepresencial, é plenamente razoável admitir a participação dos presos nas audiências dos Juizados Especiais Cíveis, como já acontece na prática com as audiências em ações criminais, seja de custódia ou de instrução de julgamento, ou mesmo em ações cíveis e de família, em diversos Tribunais.

A exclusão, ainda que informal, da pessoa presa da possibilidade de figurar como parte nos Juizados Especiais Cíveis revela-se incompatível com o propósito original do legislador, que concebeu essa via processual justamente para ampliar o acesso à justiça por meio de procedimentos simplificados, voltados especialmente aos grupos em situação de vulnerabilidade. Tal contradição exige uma releitura do dispositivo legal à luz da Constituição, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana enquanto norma de direitos humanos. Nessa perspectiva, o acesso à justiça deve ser compreendido como garantia de tratamento processual isonômico entre todas as partes, independentemente de sua condição de liberdade.

4 A RESTRIÇÃO LEGAL À PARTICIPAÇÃO DE PRESOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS (JECS)

Impossibilidade legal de o preso ser parte nos Juizados Especiais Cíveis, está prevista no art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.099/1995. A vedação tem como justificativa a participação da parte nas audiências, bem como pelo fato ser um procedimento essencialmente sumaríssimo.

Ocorre que, quando submetida à análise jurídica sob a ótica do acesso à justiça enquanto direito fundamental, a vedação imposta pela norma legal acaba por excluir o preso, que é sujeito igualmente titular do direito de ação e do procedimento que tem como finalidade assegurar a celeridade processual e a efetividade da prestação jurisdicional. A exclusão revela-se incompatível com os princípios que regem o processo justo e inclusivo.

Tal argumento revela-se infundado, especialmente diante da possibilidade atualmente prevista de realização de audiências por videoconferência ou de forma telepresencial, o que afasta a antiga justificativa relacionada à ausência física

do preso. Ademais, a restrição torna-se ainda mais questionável diante da existência de precedentes jurisprudenciais que admitem a participação de pessoas privadas de liberdade como partes em ações perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, regidos pela Lei nº 12.153/2009. Além disso, é reconhecido o direito de o preso propor ações por meio do procedimento comum, o que reforça a necessidade de revisão da interpretação restritiva aplicada aos Juizados Especiais Cíveis.

Assim, no caso dos Juizados Especiais Cíveis o preso não pode ser parte, por restrição legal expressa na lei, sendo nesse sentido o entendimento atual do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Ementa. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO INOMINADO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO . INCAPACIDADE DE PRESO DE FIGURAR COMO PARTE NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI Nº 9.099/95. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO . I. CASO EM EXAME Sentença extinguiu a demanda, sem resolução de mérito, sob fundamento de que o reclamante, preso, não pode figurar como parte no Juizado Especial Cível, conforme o art. 8º da Lei nº 9.099/95 . Reclamante alega que a vedação do art. 8º da Lei nº 9.099/95 decorre da impossibilidade de presença física, sustentando que sua prisão, ocorrida após a distribuição da ação, não constitui impedimento absoluto à continuidade do feito, dado que a representação legal adequada supriria sua ausência. Reclamante requer a reforma da sentença, com prosseguimento do processo . II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO A questão em discussão consiste em determinar se a condição de preso do reclamante impede o prosseguimento da ação no Juizado Especial Cível, à luz do disposto no art. 8º da Lei nº 9.099/95 . III. RAZÕES DE DECIDIR A Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), em seu art. 8º, estabelece que o preso não pode figurar como parte em processo desse juízo, tratando-se de norma imperativa cujo descumprimento leva à nulidade processual. Ainda que a prisão tenha ocorrido após a distribuição, prevalece o entendimento de que a condição de preso inabilita o autor a continuar com a ação no Juizado Especial Cível, dada a ausência de capacidade postulatória autônoma e os limites estabelecidos pelo procedimento sumaríssimo. A jurisprudência é pacífica no sentido da taxatividade do rol do art. 8º da Lei nº 9.099/95, segundo o qual o preso está impedido de atuar como parte nos Juizados Especiais, por força de norma cogente . Precedente relevante: “MANDADO DE SEGURANÇA [...] CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PRESO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. EXEGESE DO ART. 8º DA LJE, QUE DISPÕE EXPRESSAMENTE SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE O PRESO FIGURAR COMO PARTE NAS AÇÕES DOS JUIZADOS. ROL TAXATIVO . [...] NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DO FEITO DE ORIGEM, NOS TERMOS DO ART. 51, INC. VI DA LEI 9.099/95 . ORDEM CONCEDIDA” (TJPR – 3ª Turma Recursal – 0001844-61.2022.8.16.9000). IV. DISPOSITIVO E TESE Recurso Inominado conhecido e desprovido. Tese de julgamento: “A prisão do autor impossibilita-o de figurar como parte nos Juizados Especiais Cíveis, em virtude do disposto no art. 8º da Lei

nº 9.099/95, sendo cabível a extinção do feito sem resolução de mérito quando constatada tal condição”. Dispositivos relevantes citados Lei nº 9.099/95, art. 8º e art. 51, inciso VI. Jurisprudência relevante citada TJPR – 3ª Turma Recursal – 0001844-61.2022.8.16.9000 – Rel.: Juiz Fernando Swain Ganem.

Nesse sentido, é o entendimento dos Tribunais de Justiça do Estado de Santa Catarina⁶⁷, Rio Grande do Sul⁶⁸, Mato Grosso do Sul⁶⁹, Goiás⁷⁰, dentro outros na jurisprudência pátria.

Assim, embora haja divergência jurisprudencial o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, permite que o preso proponha ação diretamente nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, que por meio de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas firmou a tese de que a pessoa presa é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, contendo a seguinte ementa:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SUSCITADO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO DA TURMA RECURSAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AJUIZADA POR PESSOA PRESA. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO ANTE A ILEGITIMIDADE DO AUTOR . RECURSO INOMINADO PROVIDO. ILEGITIMIDADE AFASTADA. ART. 5º, I, DA LEI Nº 12.153/2009. AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL. INAPLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ART. 8º DA LEI Nº 9.099/95. LACUNA OU OMISSÃO LEGISLATIVA NÃO VERIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO DA NORMA. TESE FIRMADA: “A PESSOA PRESA É PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO ATIVO DE DEMANDA AJUIZADA NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA” . MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DA TURMA RECURSAL MANTIDO. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. SEGURANÇA DENEGADA. a) Considerando que o art. 5º, I, da Lei nº 12.153/2009 dispõe expressamente sobre a legitimidade ativa no Juizado Especial da Fazenda Pública, não há falar em aplicação subsidiária do art. 8º da Lei nº 9.099/95, ante a ausência de lacuna legislativa a justificar a integração da norma. b) Fixa-se a seguinte tese: a pessoa presa é parte legítima para figurar no polo ativo de demanda

⁶⁷ TJ-SC – RECURSO CÍVEL: 5002248-61.2020.8.24.0080, Relator.: Marco Aurelio Ghisi Machado, Data de Julgamento: 09/05/2023, Segunda Turma Recursal

⁶⁸ TJ-RS – Recurso Cível: 71006203020 RS, Relator.: Vivian Cristina Angonese Spengler, Data de Julgamento: 07/12/2016, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: 12/12/2016

⁶⁹ TJ-MS – Conflito de Jurisdição: 1602245-83.2015.8.12.0000 Bonito, Relator.: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Data de Julgamento: 10/03/2016, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/03/2016

⁷⁰ (Recurso Inominado, Nº 50094195720218210132, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carla Patricia Boschetti Marcon, Julgado em: 07-06-2023).

ajuizada no Juizado Especial da Fazenda Pública. c) Ante a ausência de direito líquido e certo do impetrante, deve ser denegada a segurança pleiteada com a manutenção do acórdão da 4ª Turma Recursal que reconheceu a legitimidade do autor, preso, na ação de indenização por dano moral ajuizada no Juizado Especial da Fazenda Pública. (TJPR – Órgão Especial – 0055823-40 .2020.8.16.0000 – * Não definida – Rel. : DESEMBARGADOR ROGÉRIO LUIS NIELSEN KANAYAMA – J. 09.05.2022)

Nessa mesma linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 70083806190⁷¹, firmou entendimento no sentido de que a limitação imposta pelo artigo 8º da Lei nº 9.099/1995 relativa aos Juizados Especiais Cíveis não se estende aos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Tal decisão consolida a tese de que a vedação à participação do preso não se aplica a esse outro microsistema processual, reforçando a incoerência da exclusão nos JECs à luz de uma interpretação constitucional e garantista.

De outro lado, em sentido contrário é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios no julgamento do processo de Conflito de Competência Cível nº 0732929-44.2021.8.07.0000⁷² que o preso não pode ser parte no Juizado Especial da Fazenda pública.

Quanto à discussão sobre a inaplicabilidade subsidiária do artigo 8º da Lei nº 9.099/1995, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que tal dispositivo não incide nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. A Corte consignou esse posicionamento em decisão assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA . MENOR INCAPAZ. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 5º DA LEI 12.153/2009 . INAPLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ART. 8º DA LEI 9.099/1995. 1 . A controvérsia gira em torno da possibilidade de menor incapaz demandar como autor em causa que tramita no Juizado Especial da Fazenda Pública, tendo em vista que o artigo 27 da Lei 12.153/2009, que regula aqueles juizados, determina a aplicação subsidiária da Lei 9.099/95, a qual expressamente proíbe a atuação do incapaz no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. 2 . A Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, ao tratar da legitimidade ativa das demandas que lhe são submetidas (art. 5º), faz alusão, tão somente, às pessoas físicas, não fazendo restrição quanto aos incapazes, nem mesmo por ocasião das disposições acerca das causas que excepcionam a sua competência (art. 2º). 3 . Tendo havido regulação clara e suficiente

⁷¹ TJ-RS – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: 70083806190 RS, Relator.: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 27/08/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/09/2021

⁷² TJ-DF 07329294420218070000 DF 0732929-44 .2021.8.07.0000, Relator.: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 07/02/2022, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/03/2022

acerca do tema na Lei 12.153/2009, não há o que se falar em omissão normativa a ensejar a incidência do art. 8º da Lei 9.099/95, visto ser este dispositivo legal de cunho subsidiário e que conflita com aquele regramento específico do Juizado Fazendário. 4. Assim, não há razões para se alterar o entendimento externado no acórdão de origem, corroborado, inclusive, pelo Ministério Público Federal, porquanto, não havendo óbice legal, apresenta-se viável a participação de menor, devidamente representado, no polo ativo de demanda ajuizada no Juizado Especial da Fazenda Pública. 5. Recurso especial não provido.

Ainda nesse contexto, como menciona Marinoni e Mitidiero (2023) ao comentar sobre a vedação legal, diz seguinte:

De outra parte, é de se reconhecer capacidade para litigar como autor nos Juizados Especiais Federais ao insolvente civil e ao preso. Isto porque o art. 8.º da Lei 9.099/1995, por constituir “norma proibitiva”, impeditiva de acesso à jurisdição, há de ser interpretada restritivamente, de modo a somente abranger a instância judiciária nela especificamente designada.

Wambier e Talamini (2022) lecionam que “todo aquele “que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo” (art. 70 do CPC/2015). A capacidade de estar em juízo pressupõe, portanto, além da capacidade de ser parte (capacidade de direito), a capacidade de exercer os seus direitos (capacidade de fato).

A manutenção da vedação legal à participação do preso, indivíduo plenamente capaz para estar em juízo e exercer direitos processuais não pode ser aceita de forma seletiva. Tal restrição compromete, de maneira evidente, a compatibilidade da norma com o exercício do direito fundamental de acesso à justiça, assegurado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Além disso, essa interpretação implica, como consequência lógica, violação ao devido processo legal⁷³ e duração razoável do processo⁷⁴, e ainda, da dignidade a pessoa humana⁷⁵.

Ao proibir o preso, provisório ou definitivo, que figure como parte, no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, acaba por concretizar uma exclusão processual com fundamento único e exclusivo, em razão da privação da liberdade, sem que o legislador oportunize uma alternativa para uma tutela jurisdicional adequada à população carcerária, historicamente marcada pela vulnerabilidade social.

⁷³ Art. 5º – LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁷⁴ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁷⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III – a dignidade da pessoa humana;

Com a regulamentação das audiências por videoconferência e os avanços tecnológicos, especialmente após a resolução do CNJ nº 354/2020, não existe mais fundamento legal para a vedação imposta na lei, uma vez que o comparecimento pessoal não é mais condição indispensável pela possibilidade da participação virtual, possibilitando o regular andamento do processo.

É nesse contexto que decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do Paraná e do Rio Grande do Sul, em sede de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, assim como o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, evidenciam uma orientação hermenêutica voltada à ampliação do acesso à justiça. Tais posicionamentos reafirmam a inaplicabilidade subsidiária do artigo 8º da Lei nº 9.099/1995 aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, sinalizando uma interpretação mais compatível com os princípios constitucionais e garantistas.

Todavia, essa contradição legislativa permanece quanto aos Juizados Especiais Cíveis, pois enquanto se reconhece a legitimidade do preso para atuar nos Juizados Especiais da Fazenda Pública e Federais, ainda que estes compartilhem o mesmo espírito da simplificação processual, informalidade, celeridade e economia processual, em seu art. 2º⁷⁶, a existência da vedação revela uma necessidade de revisão hermenêutica do próprio dispositivo do art. 8º, sob o prisma de uma interpretação conforme a constituição.

A manutenção da restrição, nessas circunstâncias, perpetua um tratamento discriminatório incompatível com o estado democrático de direito o acesso à justiça.

4.1 Situação do preso e mecanismos efetivos de acesso à justiça

A população carcerária constitui um grupo de pessoas mais vulneráveis da sociedade, submetido precariedade institucional, marcadas por superlotação, violência, ausência de políticas públicas ressocializadoras e uma violação sistemática de direitos.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF⁷⁷, reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasilei-

⁷⁶ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 04 out. 2023. Publicação: 19 dez. 2023. DJe, Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4827941>. Acesso em: 10 jul. 2025. Ementa: Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. [...] Tese: “1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos...”.

ro, destacando a omissão do Estado no cumprimento de garantias mínimas à população carcerária. Essa realidade torna ainda mais preocupante a restrição imposta ao acesso à justiça cível, que deveria operar como instrumento de contenção de abusos e de reparação de violações de direitos, sobretudo em relação a um grupo historicamente marcado pela vulnerabilidade.

Ademais, o Brasil é signatário de importantes instrumentos internacionais que asseguram o acesso efetivo à justiça como expressão da dignidade humana. Dentre eles, destacam-se o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), ratificado pelo Decreto nº 592, de 1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Ambos reconhecem o direito de toda pessoa de recorrer ao Judiciário para proteção de seus direitos. Nesse mesmo sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, também conhecidas como Regras de Mandela, estabelecem diretrizes que garantem, entre outros pontos, o acesso à justiça às pessoas privadas de liberdade.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ocupar posição normativa relevante no ordenamento jurídico brasileiro, podendo adquirir status supralegal ou até mesmo constitucional, quando aprovados nos moldes previstos.

Nesse contexto, a exclusão de pessoas presas do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, conforme previsto na Lei nº 9.099/1995, revela-se incompatível tanto com os princípios constitucionais quanto com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos. A manutenção dessa restrição, sem a devida releitura conforme a Constituição, pode caracterizar omissão estatal na garantia do acesso amplo e igualitário à justiça, sujeitando o Estado brasileiro a eventual responsabilização internacional por violação de direitos fundamentais. A manutenção da vedação legal absoluta à participação do preso como parte nos Juizados Especiais Cíveis, prevista no caput do art. 8º da Lei nº 9.099/1995, revela-se anacrônica diante dos avanços normativos e tecnológicos que viabilizam a realização de atos processuais por meio eletrônico.

A justificativa original para a restrição imposta ao preso baseada na suposta dificuldade de comparecimento presencial às audiências perde consistência diante da consolidação das videoconferências como instrumento legítimo no processo judicial.

Tal prática já é admitida pelo ordenamento jurídico, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais, como proposto pelo Projeto de Lei nº 3.796/2019, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves. O referido projeto propõe a alteração dos artigos 9º e 13 da Lei nº 9.099/1995, a fim de autorizar expressa-

mente a utilização de videoconferência ou de outros meios tecnológicos para a realização de atos processuais em tempo real, inclusive nos casos de partes domiciliadas em comarcas distintas. Diante desse avanço legislativo e do objetivo de promover maior eficiência e ampliação do acesso à justiça, não subsiste fundamento lógico ou jurídico que justifique a exclusão das pessoas privadas de liberdade do alcance dessa inovação processual:

Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para tornar possíveis, nos Juizados Especiais Cíveis, a representação do réu em audiências realizadas em comarca diversa daquela em que ele resida e o uso da videoconferência ou de recursos tecnológicos análogos para a prática de atos processuais.

Mostra-se necessária e urgente uma revisão legislativa do artigo 8º da Lei nº 9.099/1995, com o objetivo de eliminar a restrição à legitimidade ativa das pessoas presas e permitir sua participação, por meios remotos, nos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis. Tal medida se alinha aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do pleno acesso à jurisdição, assegurando, assim, o efetivo exercício do direito de ação a esse grupo vulnerável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vedação legal que impede o preso de figurar como parte nos Juizados Especiais Cíveis, embora positivada no art. 8º da Lei nº 9.099/1995, revela-se, à luz da ordem constitucional vigente, uma expressão normativa que não resistiu ao tempo nem à evolução dos direitos fundamentais no Brasil. O que outrora se justificava por barreiras logísticas e estruturais, hoje se desvela como um resquício normativo que institucionaliza, sem declarar, a exclusão de uma parcela da população que mais carece de tutela jurisdicional.

Este estudo demonstrou que, embora a legislação dos Juizados tenha sido concebida com o objetivo de simplificar o acesso à justiça para o cidadão comum, a exclusão do preso do rol de legitimados processuais nega, de forma contraditória, essa mesma promessa àquele que está em situação de hipervulnerabilidade. O paradoxo é evidente: o procedimento criado para facilitar a justiça para os “pequenos conflitos” nega-se àqueles cuja realidade carcerária é, muitas vezes, marcada por lesões não reconhecidas, contratos interrompidos, danos morais ignorados e vínculos jurídicos desfeitos sem resposta.

Mais que uma inconstitucionalidade formal, a restrição legal examinada neste artigo configura uma inconstitucionalidade por omissão material, pois o Estado, ao deixar de adaptar sua legislação e seus mecanismos à nova realidade tecnológica e aos parâmetros de direitos humanos, perpetua uma desigualdade de acesso incompatível com a dignidade da pessoa humana. O acesso à justiça,

como se demonstrou, é mais do que o ingresso físico ao Poder Judiciário: é a abertura real de caminhos de escuta, reconhecimento e reparação.

Os avanços na realização de audiências por videoconferência, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional e a jurisprudência que vem reconhecendo a legitimidade ativa do preso em outras esferas dos Juizados revelam que o obstáculo é menos técnico do que político. O que se impõe, portanto, não é apenas a crítica doutrinária ou o repúdio judicial pontual à norma restritiva, mas uma urgente reinterpretação constitucional e uma revisão legislativa consequente.

É preciso compreender que a presença do preso no processo judicial, ainda que virtual, não representa um risco ao rito, mas sim uma reparação tardia à exclusão histórica. Permitir que ele participe dos Juizados Especiais Cíveis não compromete a celeridade processual, mas a aperfeiçoa sob a ótica da justiça substancial.

O caminho que se propõe é claro: uma leitura conforme à Constituição, que assegure ao preso o direito de propor e participar de ações no Juizado Especial Cível, quando presentes os meios técnicos e as garantias processuais mínimas, com o uso de recursos digitais disponíveis. A proposta não visa modificar a essência do procedimento sumaríssimo, mas sim reafirmar seu compromisso com os valores da cidadania e com a inclusão de todos os indivíduos na esfera de proteção jurisdicional.

Demandar coerência do ordenamento jurídico não representa um excesso, mas sim uma exigência ética mínima de um Estado Democrático de Direito que se compromete com a efetivação de direitos universais. Se o acesso à justiça é verdadeiramente um direito fundamental, revestido de cláusula pétrea, ele não pode ser restringido pela condição de encarceramento. Ao contrário, deve funcionar como instrumento de abertura e inclusão, mesmo e especialmente dentro dos muros do sistema prisional.

REFERÊNCIAS

Doutrina

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. 3. Juizados Especiais Federais In: MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – Vol. 3* – Ed. 2023. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Humanos*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

ROCHA, Felipe B. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais – Teoria e Prática* – 12ª Edição 2022. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. E-book. p.4. ISBN 9786559772711.

WAMBIER, Luiz; TALAMINI, Eduardo. Capítulo 26. Juizados Especiais Cíveis Estaduais In: WAMBIER, Luiz; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil – Vol 4* – Ed. 2022. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

Legislação

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 354, de 19 de novembro de 2020. Dispõe sobre a regulamentação de audiências e sessões por videoconferência e comunicação de atos processuais por meio eletrônico. *Diário da Justiça Eletrônico: Justiça Nacional*, Brasília, DF, n. 307, p. 2-3, 20 nov. 2020. Seção 1.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 7 jul. 1992.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 13 jul. 2001.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Institui os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 23 dez. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos (Regras de Mandela).* Aprovadas pela Resolução 70/175 da Assembleia Geral da ONU, de 17 de dezembro de 2015.

Julgados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 04 out. 2023. Publicação: 19 dez. 2023. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.372.034/RO, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em: 14 nov. 2017. Publicado no *Diário da Justiça Eletrônico*, 21 nov. 2017.

TJ-DF. Processo n. 0732929-44.2021.8.07.0000, Relator: James Eduardo Oliveira, Julgamento: 07 fev. 2022, 2ª Câmara Cível. Publicado no DJE: 03 mar. 2022.

TJ-MS. Conflito de Jurisdição n. 1602245-83.2015.8.12.0000, Comarca de Bonito. Relator: Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva. Julgamento: 10 mar. 2016, 3ª Câmara Criminal. Publicado em: 11 mar. 2016.

TJ-PR. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0055823-40.2020.8.16.0000, Relator: Rogério Luis Nielsen Kanayama. Julgamento: 09 maio 2022, Órgão Especial. Publicado em: 09 maio 2022.

TJ-RS. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 70083806190, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Julgamento: 27 ago. 2021, Tribunal Pleno. Publicado em: 02 set. 2021.

TJ-RS. Recurso Cível n. 71006203020, Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler. Julgamento: 07 dez. 2016, Segunda Turma Recursal Cível. Publicado em: 12 dez. 2016.

TJ-SC. Recurso Cível n. 5002248-61.2020.8.24.0080, Relator: Marco Aurélio Ghisi Machado. Julgamento: 09 maio 2023, Segunda Turma Recursal.

TRF da 2ª Região. Recurso Inominado n. 5009419-57.2021.8.21.0132, Segunda Turma Recursal Cível. Relatora: Carla Patrícia Boschetti Marcon. Julgamento: 07 jun. 2023.

CAPÍTULO V

O PROVIMENTO ESTRUTURAL À LUZ DO TEMA 698/STF: ENTRE MEDIDAS GERAIS E ESPECÍFICAS ⁷⁸

Davi Reis Salles Bueno Pirajá ⁷⁹
Maria Carolina Silveira Beraldo ⁸⁰

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende uma análise crítica do Tema 698/STF (RE 684.612-RG/RJ), notadamente no ponto em que dispõe que o pronunciamento judicial que importa em interferência em políticas públicas deve evitar a determinação de medidas pontuais, limitando-se a indicar as finalidades a serem alcançadas e a impor a apresentação de um plano de ação (ou meios possíveis de intervenção) pela Administração Pública.

Nessa linha, o primeiro tópico do artigo se dedica a destrinchar os fundamentos normativos do Tema 698/STF e sua relação com a doutrina do processo estrutural. Serão examinadas, então, as três diretrizes fixadas pela Suprema Corte, com particular atenção para os itens que estabelecem a possibilidade e a foram de intervenção judicial em políticas públicas.

⁷⁸ O presente artigo é uma adaptação e atualização daquele originalmente publicado na obra coletiva “A cultura de precedentes no Brasil: desafios e perspectivas” (Rogerio Schietti Machado Cruz (et. al) (orgs.). Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2024, pp. 381-396), sob o título “Tema 698/STF e os riscos da aplicação desestrutural do precedente”.

⁷⁹ Promotor de Justiça do MPMG e Assessor Especial junto ao Escritório do MPMG em Brasília. Graduado pela Universidade de Brasília (UnB), pós-graduado “lato sensu” pela FESMPDFT e mestre em direito pelas Universidade de Girona e Universidade de Gênova. Ex-assessor de Ministro do STF.

⁸⁰ Promotora de Justiça do MPMG, Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Cíveis e Assessora Especial junto à Procuradoria de Justiça com atuação nos Tribunais Superiores. Doutora e Mestre pela Universidade de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Em seguida, será analisado o reconhecimento do caráter bifásico do processo estrutural como elemento integrante do núcleo normativo do precedente formado no Tema 698/STF. Vê-se, então, como a declaração judicial do problema estrutural serve de pressuposto para o posterior provimento estrutural que visa à adequação do cenário fático de ausência ou deficiência de uma estrutura burocrática. Serão exploradas as implicações lógico-jurídicas dessa natureza plurifásica do procedimento estrutural tanto para a revisão de decisões judiciais em processos estruturais e como para a aplicação do precedente em questão em casos concretos.

Por fim, o artigo se volta à aplicação do Tema 698/STF sob a ótica da máxima efetividade dos direitos fundamentais socioeconômicos, investigando distinções do precedente que transcendem um mero *distinguishing*. No ponto, será revisitado o debate entre Mark Tushnet e David Landau acerca da preferência por provimentos estruturais gerais (*weak-form remedies*) ou específicos (*structural injunctions*), contextualizando como a tese do STF se posiciona na discussão. O foco recairá sobre as circunstâncias que podem justificar o afastamento da ordem de preferência por medidas gerais, autorizando o Judiciário a determinar medidas analíticas e específicas para a correção de falhas em políticas públicas.

2 TEMA 698/STF: FUNDAMENTOS NORMATIVOS DO PRECEDENTE E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO ESTRUTURAL

O julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE 684.612-RG/RJ (Tema 698) versa, em síntese, sobre a extensão da autoridade do Judiciário para compelir o Executivo a adotar medidas de adequação em litígios estruturais que envolvem a reorganização de políticas públicas estatais não implementadas ou descumpridas⁸¹. Trata-se de decisão no âmbito da qual a Suprema Corte, valendo-se de aportes teóricos da doutrina do processo estrutural,

⁸¹ No caso concreto, o MPRJ ajuizou ação civil pública em desfavor do Município do Rio de Janeiro em razão das condições precárias das instalações e do atendimento deficitário do Hospital Municipal Salgado Filho, conforme apurado em autos de inquérito civil e em relatório de fiscalização realizado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. Na ocasião, buscou-se a condenação do Município, em síntese, i. para que promovesse a abertura de concurso público para provimento dos cargos vagos de médicos, existentes na estrutura do hospital, a fim de suprir o déficit de pessoal, ii. para que corrigisse os procedimentos e sanasse as irregularidades apontadas, bem assim para que iii. nomeasse e desse posse ou contratasse funcionários técnicos em número suficiente para atender a necessidade revelada pela própria direção do nosocômio. A demanda foi julgada improcedente na primeira instância e, interposta apelação, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu-lhe provimento, julgando procedente a ACP nos termos da inicial do Ministério Público. O Município do Rio de Janeiro apresentou, então, RE 684.612-RG/RJ, objeto de análise neste artigo.

estabeleceu parâmetros para equilibrar o cumprimento de direitos fundamentais sociais com o respeito à discricionariedade administrativa do Executivo (exigência do postulado da separação de poderes), considerando também a viabilidade técnica e financeira das medidas ordenadas.

No RE 648.612-RG/RJ, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, seguindo o voto do Min. Roberto Barroso, fixou a seguinte tese, com vocação prospectiva de definição do direito aplicável a casos semelhantes:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes;
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;
3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”

A tese diz muito sobre o precedente, mas com ele não se confunde⁸². Enquanto a tese é o enunciado⁸³, o precedente é o significado normativo nele contido, formado a partir da “reconstrução lógico-argumentativa das razões necessárias e suficientes invocadas para a solução de determinada questão” (Mitidiero, 2023). De fato, o precedente traduzido na tese só pode ser adequadamente compreendido por meio da análise da decisão em sua inteireza, em consideração dos fatos e razões essenciais a ela subjacentes.

⁸² “A propósito, assim como as súmulas, os temas e as teses também não constituem precedentes. Os temas constituem modo de indexação de questões que se encontram sob a apreciação das Cortes Supremas, ao passo que as teses são as suas respostas. Embora as teses busquem igualmente retratar um precedente, também não são vinculantes: o que vincula é o precedente que se encontra na sua origem. A tese é a interpretação dada pela Corte Suprema ao precedente – o que não dispensa, porém, a avaliação da sua congruência com os fatos e as razões que procura retratar. O que vincula, portanto, não é a tese, mas o precedente de que deriva.” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. RB-2.5. E-book). Na mesma linha: Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade. **Precedentes no Processo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 97.

⁸³ “As teses são modos de organizar o trabalho das Cortes, registrando decisões que configuram precedentes “ad perpetuum rei memoriam” (MARCHIORI, Marcelo. **A Atuação do Poder Judiciário na Formação de Precedentes Definitivos** – Experiências e Desafios. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 54).

Neste ponto, portanto, propõe-se ao escrutínio da tese firmada no Tema 698/STF⁸⁴, extraindo-se do texto o seu conteúdo essencial e vinculante.

Inicia-se pelo item 3 da tese, que estabelece, de forma exemplificativa, diferentes medidas a serem adotadas diante da constatação de *déficit de profissionais em serviços de saúde*. Aqui, o precedente versa sobre matéria de direito substantivo (direito administrativo e sanitário) e tem sua eficácia prospectiva restrita aos casos futuros que versem sobre deficiências na saúde pública decorrentes da falta de pessoal⁸⁵.

Os itens 1 e 2, por sua vez, são enunciados tipicamente processuais, portanto, mais pertinentes à finalidade deste artigo de analisar os impactos do Tema 698/STF no tratamento de litígios estruturais no Brasil.

No item 1, o STF reafirma sua jurisprudência, no sentido de ser possível a intervenção do judiciário em políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais e que isso não viola a cláusula de separação dos poderes. Nesse sentido, a Suprema Corte já decidiu, por exemplo, ser cabível ao Judiciário determinar ao Executivo a garantia de financiamento mínimo à saúde (ADPF 45/DF), a realização de medidas positivas para superação do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro (ADPF 347/DF; RE 592.581/RS), a disponibilização de vagas em creches e pré-escolas (RE 1.008.166/SC), a expansão de redes de UTI para tratamento da COVID-19 (ACO 3.473/DF)⁸⁶.

Já o item 2, reescreve um novo capítulo da história jurisprudencial da Corte. A tese nele enunciada estipula, de forma inédita, diretrizes a serem observadas pelo Judiciário quando cabível sua intervenção em políticas públicas, a fim de efetivar direitos fundamentais negados ou violados pelo mal funcionamento de estruturas burocráticas⁸⁷.

A análise da tese, em cotejo com os fundamentos utilizados ao longo do voto vencedor, permitem identificar as seguintes linhas constitutivas do precedente: a) conflitos que envolvam a intervenção do judiciário na efetivação

⁸⁴ Trata-se de tese de natureza híbrida, porquanto trata tanto de questões de direito processual (itens 1 e 2), como de direito material (item 3).

⁸⁵ Trata-se de tese importante, considerando o fenômeno da “terceirização na saúde pública” e a litigiosidade a ele subjacente; porém insuficiente. Ainda restam pendentes respostas quanto aos limites dessas parcerias público-privadas, se elas podem ser celebradas em relação a todos tipos de prestações de saúde, qual o mínimo de pessoal efetivo que se mantém constitucionalmente exigido para que se entenda como observado o art. 37, II, da CF.

⁸⁶ ARE 1.230.668 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. em 16.08.2022; ARE 1.408.531 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 07.02.2023; ARE 1.289.323 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 04.10.2021.

⁸⁷ Conforme conceitua E. Vitorelli, “Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social, opera. (...) Estrutura, nesse conceito, pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público” (**Processo Civil Estrutural**. Teoria e Prática. 3ª ed. 2022, Salvador: Juspodivm, p. 60).

de políticas públicas devem ser tratados por meio de medidas estruturais, b) a decisão judicial, ao constatar o problema estrutural, deve apontar, como regra, a finalidade a ser atingida (medida branda), c) o alcance da finalidade depende do envolvimento e participação da Administração Pública, que deverá apresentar planos e medidas pertinentes para tanto (medida dialógica).

Trata-se de precedente que orienta o órgão julgador a privilegiar medidas gerais na resolução de litígios que envolvam a intervenção em políticas públicas, incorporando técnica própria à doutrina dos processos estruturais, consistente na abertura dialógica da decisão⁸⁸. Ao invés da promoção de medidas específicas e unilateralmente impostas à parte ré, esta é chamada para contribuir na formação do provimento e em seu aprimoramento.

O Tema 698/STF inegavelmente insere a temática do processo estrutural no vocabulário da Corte. Questão diversa é se servirá a contribuir para “uma atuação efetiva e organizada do Poder Judiciário, com vistas à concretização de direitos fundamentais”⁸⁹ ou se constituirá argumento retórico para “lacrar” o controle judicial de políticas públicas⁹⁰. Isso só o tempo – melhor, a aplicação do precedente – dirá.

3 O RECONHECIMENTO DO CARÁTER BIFÁSICO DO PROCESSO ESTRUTURAL COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO NÚCLEO NORMATIVO DO PRECEDENTE E IMPLICAÇÕES LÓGICO-JURÍDICAS

A aplicação de um precedente, a partir da sua “*ratio decidendi*”, envolve a conjugação de esforços de dois juízos, o que formou o precedente e aquele que o interpreta, o qual realiza a reconstrução lógico-argumentativa do julgado tido como parâmetro (Mitidiero, 2023). Assim, pode-se tomar a atividade de aplicação do precedente, nem como simples declaração nem como pura criação, mas sim reconstrução pelo órgão jurisdicional que lhe aplica (Sustein, 2023, p. 232). Isso exige do juiz do segundo caso a comparação entre os pressupostos

⁸⁸ “A questão, aqui, se dá pela própria complexidade da tutela esperada: tratando-se de aspectos com impacto social elevado, relacionando-se com diferentes valores coletivos, seria razoável que os próprios envolvidos contribuíssem para a formação do provimento e para o seu contínuo aprimoramento. Mais do que uma imposição unilateral, o processo se tornaria palco de negociações e de debates prospectivos, procurando a regulação razoável” (OSNA, Gustavo. **Nem “Tudo”, Nem “Nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos**. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 184).

⁸⁹ Trecho do voto do Min. Roberto Barroso, p. 16-17 (RE 684.612-RG/RJ, Pleno).

⁹⁰ A expressão é utilizada por Vanice Valle em “O STF ‘lacrou’ o controle de políticas públicas ao julgar o Tema 698?”. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-20/interesse-publico-stf-lacrou-controle-politicas-publicas-julgar-tema-698/> Acesso em: 20/08/2024.

fáticos-jurídicos essenciais ao primeiro (precedente), em busca pela identidade, semelhanças e distinções com o caso a ser jugado⁹¹.

A identificação da semelhança relevante⁹² para fins de correta aplicação do precedente contido no Tema 698/STF é facilitada pela redação dos itens 1 e 2 da tese, que conduzem o segundo juiz a um esquema lógico, para fins de interpretação do precedente. Esse esquema pode ser traduzido pelo enunciado lógico “se A, então B”, em que “A” significa a ausência ou deficiência grave da política pública, que exige intervenção do Poder Judiciário voltada à realização de direitos fundamentais, e “B” representa a necessidade de a decisão judicial interveniente apontar a finalidade geral a ser atingida, bem assim determinar à Administração que apresente plano e/ou medidas para alcançá-la.

Trata-se de sistematização que evidencia a natureza multifásica do procedimento estrutural como parte integrante do núcleo normativo do RE 6884.612-RG/RJ. A identificação do problema estrutural (“*material fact*” do caso paradigma) é pressuposto para a aplicação do conteúdo normativo do precedente: adoção, como regra, de decisão judicial aberta e dialógica para resolução do problema estrutural⁹³.

A doutrina, ao tratar dos atributos necessários para qualificar um processo como estrutural, destaca a sua natureza bifásica. Didier Jr., Zaneti Jr. e Alexandria de Oliveira, amparados no standard do processo falimentar, indicam duas fases em que se desdobra o processo estrutural: a) reconhecimento da existência do problema estrutural e b) adoção de medidas a solução do problema estrutural (Didier, Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020, p. 201-136)⁹⁴.

⁹¹ Nenhum caso é intrinsecamente idêntico, similar ou distinto de outro, sendo a individualização dos seus elementos confiada à valoração e à decisão do intérprete encarregado de aplicar o precedente (MITIDIERO, Daniel. **Ratio Decidendi** – Quando uma Questão é Idêntica, Semelhante ou Distinta? São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. RB-2.1. E-book).

⁹² “Se há semelhanças relevantes entre os casos, aplica-se o precedente. A ausência de aplicação do precedente ao caso – ou a aplicação de precedente diverso daquele que é o apropriado – constitui um equívoco de julgamento (erros in iudicando).” MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. RB-2.8. E-book.

⁹³ Elucida essa afirmação o seguinte trecho do voto vencedor: “Em primeiro lugar, **é necessário que esteja devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público**. De fato, quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições. Falhas estruturais geradas pelo vazio ou pela inefetividade de políticas públicas para o atendimento de determinado direito fundamental fazem com que a atuação do Judiciário seja necessária, em especial se estiver em jogo o mínimo existencial.” (página 17 do voto do Min. Roberto Barroso – grifo nosso).

⁹⁴ De forma semelhante, mas desmembrando a fase de implementação da reforma estrutural em diversas outras, Vitorelli sugere o percurso do processo estrutural em cinco etapas: 1) diagnóstico da situação da estrutura, 2) elaboração do plano, 3) implementação do plano, 4) avaliação dos resultados da implementação, 5) reelaboração do plano, 6) implementação do plano revisito. (VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**. Teoria e Prática. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 69).

Na primeira etapa deve haver a constatação do problema estrutural, isto é, da situação de violação a direitos fundamentais pela *ausência ou deficiência grave do serviço* relacionado à política pública. Inclusive, a Recomendação CNJ 163/2025 descreve como elementos do processo ou litígio estrutural a “existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão” (art. 1º, VI).

A segunda etapa é aquela em que se desenvolve a reestruturação institucional, se valendo do processo como meio de negociação política, definindo de maneira dialógica e progressiva a forma e o conteúdo das intervenções (Diver, 1979, p. 59-64). Também a Recomendação CNJ 163/2025 apresenta como elementos do processo estrutural a “natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias” (art. 1º, IV) e a “intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada” (art. 1º, VII)

Essa conclusão – de que o precedente firmado no Tema 698/STF incorpora em suas razões essenciais o caráter plurifásico do processo estrutural –, além de impactar na aplicação do precedente (fórmula acima sintetizada como *se “a”, então “b”*), também afeta diretamente a forma de controle das decisões judiciais de versam sobre esse tipo litígio.

Nessa linha, os tribunais, na revisão de decisões que versam sobre litígios de índole estrutural e a aplicação do Tema 698/STF, poderão a chegar às seguintes conclusões:

- 1) a decisão constata corretamente a deficiência/ausência de política pública violadora de direitos fundamentais e aplica medida estrutural para sua correção;
- 2) a decisão constata corretamente deficiência/ausência de política pública violadora de direitos fundamentais e aplica medidas para sua correção que não condizem com parâmetros do processo estrutural;
- 3) a decisão constata corretamente ausência de deficiência/ausência de política pública violadora de direitos fundamentais;
- 4) a decisão constata erroneamente a deficiência/ausência de política pública violadora de direitos fundamentais e aplica medida estrutural para sua correção;
- 5) a decisão constata erroneamente deficiência/ausência de política pública violadora de direitos fundamentais e aplica medidas para sua correção que não condizem com parâmetros do processo estrutural;
- 6) a decisão constata erroneamente a ausência de deficiência/ausência de política pública violadora de direitos fundamentais.

Os itens 4 a 6 não interessam ao objeto do presente artigo, pois dizem respeito ao erro de fato, ou seja, à incompatibilidade verificada entre a decisão probatória e as hipóteses fáticas comprovadas pelos elementos de juízo, conforme o standard probatório aplicável⁹⁵. O item 3 tampouco é relevante, porque

⁹⁵ Refere-se à incompatibilidade probatória e não material, consistente no fato de a decisão de culpa ou inocência estar, ou não, justificada em provas suficientes para a decretação do veredicto conforme os parâmetros estabelecidos pelo sistema legal. Vide: LAUDAN, Larry. **Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 96-97.

nele o juiz limita-se a verificar a ausência dos pressupostos fáticos essenciais à aplicação do precedente, o que também é questão de prova. As hipóteses que versam propriamente sobre a correção, ou não, da aplicação do precedente estão nos itens 1 e 2. No primeiro, tem-se a sua correta incidência, enquanto no segundo, verifica-se sua violação.

A partir dessa sistematização, percebe-se que a revisão de determinada decisão por incompatibilidade com precedente do Tema 698/STF só é cabível em situações em que ficar constatada previamente pelo juízo a deficiência ou ausência da política pública violadora de direitos fundamentais. Em outras palavras, só haverá violação ao paradigma jurisprudencial que determina a aplicação de medidas adequadas à resolução de problemas estruturais se for anteriormente verificada a existência do problema estrutural.

Disso decorre uma conclusão fundamental: a decisão do órgão revisor que reforma a sentença ou acórdão recorrido por violação ao Tema 698/STF (logo, aplicando-o), nunca poderá implicar a total improcedência do pedido inicial, pois é pressuposto lógico-jurídico da aplicação do precedente enunciado na tese o prévio reconhecimento do problema estrutural. A parte (ou capítulo) da decisão impugnada que reconhece a situação de desconformidade deve necessariamente se manter hígida, por ser pressuposto da própria aplicação do precedente. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 684.612-RG/RJ deu parcial provimento ao recurso e não provimento integral, como propunha o Min. Alexandre de Moraes em voto vencido⁹⁶.

Mais do que isso, diante da verificação de desconformidade da decisão do juízo de primeiro grau com o precedente firmado no Tema 698/STF, pode o Tribunal, ou invés de reformar ou anular a decisão, determinar, desde já, sua integração, devolvendo os autos ao juízo para que adeque as medidas destinadas à efetivação da tutela⁹⁷. Trata-se de desdobramento da teoria da causa madura (CPC, art. 1.013, § 3º), a qual permite ao Tribunal, em prestígio aos princípios da celeridade e instrumentalidade, adiantar o julgamento de causas (ainda que parcialmente, neste caso) que estiverem em condições de imediata apreciação.

⁹⁶ Conforme exposto pelo Min. Roberto Barroso no voto vencedor, a revisão do quadro de incompatibilidade constatado nas instâncias inferiores não poderia ser realizada pela Corte, por se tratar de matéria fático-probatória. O Ministro assume como certo o estado de desconformidade, para, só então, aplicar a solução estabelecida no precedente: “40. No caso em análise, o acórdão recorrido reconheceu a omissão específica do Município do Rio de Janeiro no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde, em razão das precárias condições do Hospital Municipal Salgado Filho. Esses elementos probatórios não podem ser revistos neste momento processual, em razão do óbice da Súmula 279. Nesse cenário, a intervenção do Poder Judiciário visa a garantir o mínimo existencial relativo ao direito à saúde, intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana.”

⁹⁷ Ex. de caso em que o Tribunal já aplicou esse entendimento: TJ ES, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0035766-87.2016.8.08.0024 (caso Lipodistrofia).

4 APLICAÇÃO DO TEMA 698/STF À LUZ DA MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DISTINÇÕES PARA ALÉM DO *DISTINGUISHING*

Como visto, a principal inovação do precedente fixado no Tema 698/STF foi relacionar provimentos judiciais que implicam intervenção em outros poderes com técnica decisória aberta e dialógica. Nas palavras do Min. Roberto Barroso, é “um modelo ‘fraco’ de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo”.

A questão ora posta tem como pano de fundo um tradicional e importante debate constitucional acerca da melhor maneira de se implementar judicialmente direitos fundamentais sociais e econômicos. Embora sejam vários os autores que tratam do tema, os principais expoentes de cada polo da divergência teórica são os professores Mark Tushnet e David Landau.

Landau identifica, a partir de ampla revisão literária sobre o tema, quatro tipos principais de remédios judiciais utilizados para a implementação de direitos socioeconômicos: medidas individuais (“individualized enforcement”), medidas negativas (“negative injunctions”), medidas abertas e brandas (“weak-form review”) e medidas estruturais (“structural reform”) (Landau, 2012, 230-237). Havendo consenso acerca das limitações relacionadas às duas primeiras medidas⁹⁸, o debate Tushnet vs. Landau se centra nas outras formas de provimento. Tushnet é favorável ao uso de medidas judiciais mais brandas e dialógicas (“*weak-form remedies*”), enquanto Landau defende a utilização de medidas mais fortes e específicas (“*structural injunctions*”)⁹⁹.

Tushnet, em apertada síntese, sustenta que medidas estruturais (“*structural injunctions*”) produzem maiores resistências políticas, ao passo em que medidas abertas e brandas (“*weak-form remedies*”) tendem a incentivar atores políticos a implementar adequadamente políticas públicas, eis que lhes permite agregar valor às ordens judiciais que determinam sua efetivação, reivindicando o crédito pelos

⁹⁸ Ações individuais, em regra, implementam direitos sociais e econômicos para classes intermediárias, não para os menos favorecidos. Mandados negativos servem para manter o “status quo”, logo são insuficientes para equalizar a distribuição de bens em relação a pessoas necessitadas.

⁹⁹ “The main disagreement between Professor Tushnet and my piece is on the other two types of remedies; in other words, on the question of softer, dialogue-based remedies versus harder, structural injunctions. Professor Tushnet tends to favor the former and I tend to favor the latter.” LANDAU, David. David Landau Responds to Mark Tushnet. **Opinio-Juris**. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2012/03/09/hilj-landau-responds-to-tushnet/>. Acesso em: 20/08/2024.

eventuais sucessos obtidos¹⁰⁰. Nas palavras do Professor, “dialogic remedies give politicians some ‘buy-in’ on the policies they are called upon to implement”¹⁰¹. Esse modelo, segundo o autor, seria mais eficaz do que aquele em que o tribunal endereça ordens específicas aos agentes responsáveis pela realização da política social.

Landau, lado outro, reconhece as imperfeições intrínsecas a ambas as opções, mas argumenta que os riscos envolvidos na conformação de um modelo judicial de intervenção fraca (“remedies that are *too soft*”) são maiores do que os presentes naquele que admite que o juiz se valha de medidas mais assertivas¹⁰². Levando em consideração a experiência sul africana, argumenta que a aversão ao uso de medidas estruturais (“structural injunctions”) naquele contexto teria prejudicado o desenvolvimento de políticas públicas. Argumenta há bases empíricas que lhe permitem afirmar que medidas mais fortes e diretas contribuem para a efetivação da tutela dos direitos sociais, notadamente em favor das pessoas mais vulneráveis.

Não obstante essas divergências teóricas, ambos os autores convergem em um ponto fundamental: os dois tipos de medidas devem coexistir em um sistema vocacionado a implementar direitos socioeconômicos. Professor Tushnet pondera que as diferenças entre “weak-form injunctions” e “structural injunctions” não são propriamente analíticas, senão temporais. A partir da experiência norte-americana e canadense, indica que procedimentos estruturais se iniciam com provimentos gerais, menos detalhados, na tentativa de persuadir os atores políticos a apoiar políticas públicas e acaso, ainda assim, a estrutura burocrática persista em apresentar deficiências ou omissões, então se abre espaço para provimentos de maior assertividade¹⁰³. Também Landau aproxima os dois ti-

¹⁰⁰ “Structural injunctions, though, generate political resistance. The case for weak-form remedies keeps these difficulties in mind. With a bit of overstatement, it could be said that weak-form remedies are designed to turn bureaucratic and political resistance around, to draft the bureaucracies and the politicians into supporting a court-devised policy. Landau’s example of Acción Social suggests how politicians can be drafted into the courts’ service as well. A politician can create a bureaucracy to do what the court requires, or assign the task to an existing agency, and then claim credit for whatever successes accrue” (TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v.53, p. 155-164, 2012).

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² So, rather than being worried about a world in which judges fail to give enough space in their structural remedies for political actors, I am more worried about a world in which judges get stuck issuing a series of very soft remedies that do not achieve much. The course of South African jurisprudence might demonstrate the point – the Constitutional Court (perhaps because of political context; perhaps because of judicial self-conceptions) has moved only very slowly towards more assertive remedies than Grootboom. Op. cit. David Landau Responds to Mark Tushnet.

¹⁰³ “(...) strong-form review might emerge organically from weak-form review over an extended period. Time might push weak-form review closer to strong-form review along the temporal continuum on which they differ” (TUSHNET, Mark. **Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 44).

pos de medidas, indicando que são diferentes em grau, mas não em categoria. Segundo o autor, tanto as medidas fortes, quanto as brandas são dialógicas, a diferença reside em quem conduz o debate, se o Poder Judiciário ou se o Legislativo ou Executivo, o que depende das particularidades do contexto regulado (Landau, 2012).

Vê-se, assim, que o debate *Tushnet vs. Landau* não tem por objeto definir a sobreposição em abstrato e absoluto de um tipo de medida judicial sobre a outra (“weak-form remedies” vs. “structural injunctions”), mas sim resolver o problema sobre o melhor meio para estimular burocracias a alterarem suas políticas públicas rumo à efetivação de direitos fundamentais, conforme as particularidades sociopolíticas de cada contexto.

Esse debate sobre design constitucional mais propício à implementação de direitos sociais põe luz à decisão proferida no RE 684.612-RG/RJ (Tema 698), notadamente ao item 2 da Tese, o qual estabelece que “A decisão judicial, *como regra*, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública (...)”. Destacamos a utilização pela Corte Constitucional brasileira, no próprio corpo da tese, da locução “como regra”, para indicar que o conteúdo normativo do precedente, nesse ponto, aplica-se à maioria dos casos, mas pode ser excepcionado em determinadas situações.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal, aproximando-se da proposta de *Tushnet* (autor inclusive citado na fundamentação do voto vencedor), opta por um modelo de medidas judiciais brandas (“weak-form remedies”), sem descartar, todavia, como faz a própria doutrina na qual se apoia, a possibilidade de excepcionalmente o Judiciário fixar analiticamente os atos a serem praticados pelo administrador (“structural injunctions”).

É de se notar, no entanto, que a Suprema Corte é omissa (ao que tudo indica, intencionalmente) quanto às circunstâncias que autorizam o afastamento da regra geral. Indaga-se, diante disso, como definir as hipóteses em que a pessoa julgadora poderia, em exceção à regra geral, direcionar analiticamente os atos a serem praticados pelo Poder Público para corrigir ou efetivar políticas públicas. A resposta para essa questão retiramos do próprio sistema de precedentes.

Há duas situações em que o segundo juiz – aquele que aplica o precedente – poderá (senão, deverá) lançar mão de medidas específicas para corrigir falhas estruturais decorrentes do vazio ou da inefetividade de políticas públicas: a) quando as medidas a serem implementadas estiverem especificadas em lei e b) quando adoção desse tipo de medida (“structural injunctions”) se revelar mais adequado para a efetivação do direito fundamental cuja tutela se pretende por meio da atuação do Judiciário.

A primeira hipótese decorre da aplicação da técnica de diferenciação (“distinguishing”). No caso subjacente ao precedente vinculante ora em análise, o ju-

diciário havia determinado ao executivo municipal o cumprimento de medidas específicas não previstas em lei: suprimento de déficit de pessoal em hospital municipal por meio da realização de concurso público. Esse é um fato relevante que integra a própria “ratio decidendi” do precedente e, consequentemente, orienta sua aplicação.

A limitação proposta à intervenção do Judiciário em políticas públicas restringe-se aos casos em que age de forma criativa, sem estar amparado em determinações legais específicas. Toda a linha argumentativa desenvolvida no RE 684.612-RG/RJ tem como parâmetros hermenêuticos o princípio da separação de poderes e o sistema de pesos e contrapesos, visando evitar a desproporcional intervenção do judiciário nos demais poderes. Nas situações em a pessoa julgadora restringe-se a determinar o cumprimento do que já consta na lei não há qualquer risco de interferência inadequada em outras atividades finalísticas do Estado, pois foi o legislador, no exercício de função típica, que vinculou o administrador àquela atuação específica.

Embora a distinção ora examinada seja de fácil verificação, parece não ter sido ainda assimilada por alguns julgadores. É didático, nesse sentido, o julgamento da Primeira Turma do STF do ARE 1.492.757-AgR/MG, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, o qual confirmou a decisão monocrática reformadora do acórdão do E. TJMG, que, no âmbito de ação civil pública, determinou que o executivo estadual que realizasse o plano de manejo da unidade de conservação (“Refúgio da Vida Silvestre Rio Pandeiros”), bem assim a regularização fundiária da área, conforme determinado em Decreto¹⁰⁴. As duas medidas determinadas pelo Tribunal mineiro emanavam diretamente de atos normativos específicos e cogentes, que não atribuíam qualquer margem de discricionariedade ao gestor público¹⁰⁵. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal, em aplicação equivocada do Tema 689, deu provimento ao recurso extraordinário do Estado para julgar totalmente improcedente o pedido de inicial da ACP¹⁰⁶.

A outra hipótese que tratamos é uma distinção que não está compreendida no “*distinguishing*”. Nela o precedente deixa de incidir não porque o segundo caso não se enquadra à moldura delineada nas razões do paradigma, mas porque o núcleo da própria decisão de referência permite sua exclusão do âmbito de afetação. Segundo sustentamos, o juiz encontra-se autorizado a impor medidas específicas e determinadas ao administrador, para a correção do funcionamen-

¹⁰⁴ “Apresentarem (...) a publicação do termo de referência para contratação do plano de manejo do RVS Rio Pandeiros”; “Apresentarem (...) relatório sobre a situação fundiária da unidade de conservação, com cronograma detalhado de execução das ações que serão implementadas pelo órgão ambiental/Estado para a regularização fundiária da UC”.

¹⁰⁵ Artigos 13, §2º, e 27 da Lei 9.985/2000, conjuntamente com Decreto de 13/08/2008-MG.

¹⁰⁶ Acerca da impossibilidade de aplicação do Tema 698/STF ensejar na total improcedência do pedido, vide o item 2 deste artigo.

to de estruturas burocráticas, quando a aplicação de provimentos genéricos se revelar insuficiente para efetivar os direitos socioeconômicos cuja tutela se pretende. Isso sem que viole o precedente.

Aqui a avaliação para fins de aplicação, ou não, do precedente não é feita a partir verificação da congruência normativa entre as razões essenciais do primeiro e do segundo caso¹⁰⁷, senão do juízo hipotético acerca das consequências possíveis pela aplicação da solução dada ao primeiro caso ao segundo. Em outras palavras, deve o juiz que interpreta o precedente verificar se a aplicação da regra geral estabelecida no Tema 698/STF (fixação de metas gerias de implementação dos direitos) é apta para, no caso concreto, produzir reais alterações na política pública tida por inexistente ou deficiente e, assim, concretizar os direitos fundamentais em jogo.

Como adverte Vitorelli, há casos em que um modelo de intervenção mais incisivo, no qual o juiz define de forma específica as alterações que devem ser realizadas, além de encontrar bloqueio político e institucional, pode proporcionar prejuízos à formulação da política pública, em razão das deficiências cognitivas do juiz no momento da decisão (Vitorelli, 2020, p. 362-363). De outro lado, há situações em que medidas fracas podem seguir simplesmente sendo ignoradas, deixando de possuir qualquer efetividade, notadamente nos casos em que a tutela é voltada aos mais vulneráveis¹⁰⁸. As duas versões possuem vantagens e desvantagens, de forma que a dicotomia forte/fraco se mostra incapaz de apresentar soluções satisfatórias, de forma prognóstica e abstrata, a casos concretos.

O próprio Supremo Tribunal Federal já lançou mão de ambas as técnicas ao lidar com litígios estruturais. Na ADPF 347/DF, a Corte Suprema impôs ao

¹⁰⁷ “Questões semelhantes são questões em que, abstraídos seus elementos acidentais, há congruência normativa em determinado nível de generalização entre os seus elementos essenciais. A ratio formada sobre a questão semelhante já julgada serve como precedente para aquela pendente de apreciação, uma vez definido o nível de generalização em que entram em sintonia mediante analogia. (...) Questões distintas são questões em que não há congruência normativa, inclusive em qualquer nível de generalidade, ou que apresentam congruência normativa, inclusive em determinado nível de generalidade, marcada pela existência de um fato não considerado anteriormente. A ratio formada sobre a questão distinta já julgada não serve como precedente para aquela pendente de apreciação ou serve de forma restrita.” MITIDIERO, Daniel. **Ratio Decidendi**. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, RB-2.1. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/321543516/v1/page/RB-2.1%20>. Acesso em: 20/08/2024.

¹⁰⁸ “Moreover, the choice of remedy used by the court has a huge effect on whether impoverished groups feel any impact from intervention. Super-strong remedies like structural injunctions are the most likely ways to transform bureaucratic practice and to positively impact the lives of poorer citizens. The solution to socio-economic rights problem is to make remedies stronger, not weaker” (LANDAU, David. The reality of social rights enforcement, Harvard International Law Journal, v. 53, n.1, p.190, 2012).

gestor público tanto a observância de medidas pontuais (“determinar que: (...) a União libere as verbas do FUNPEN”¹⁰⁹, como fixou metas a serem alcançadas, por meio de apresentação de plano por parte da administração (“o Governo Federal elabore, no prazo de (...) seis meses, um plano nacional para a superação, em no máximo três anos, do estado de coisas inconstitucional; e para que Estados e Distrito Federal elaborem e implementem planos próprios”).

Aqui vê-se delineado o principal desafio na aplicação do Tema 698/STF. De um lado, não se pode conferir tal abertura à cláusula de exceção prevista no item 2 da Tese a ponto de se tornar inapto o precedente para orientar casos futuros, retirando-lhe sua eficácia. Do outro, não pode tal precedente servir de obstáculo para a tutela adequada de direitos fundamentais positivos, impedindo que o juiz do segundo caso indique razões que amparam sua opção pela exceção, que integra o núcleo essencial da decisão. O ponto de equilíbrio entre essas duas tensões só poderá ser encontrado no caso concreto, colmatando-se o conteúdo do precedente registrado no Tema 698/STF por meio da sua aplicação pelo juiz do segundo caso (modelo “bottom-up”).

5 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 698/STF (RE 684.612-RG/RJ), reafirma a possibilidade da intervenção judicial em políticas públicas e estabelece importante marco orientador desse tipo de provimento judicial que, como regra, deve privilegiar a indicação das finalidades a serem alcançadas e impor que a Administração Pública apresente planos de ação para tanto. O presente artigo versa sobre alguns aspectos relacionados à aplicação do precedente.

Consta-se, neste trabalho, que o precedente vinculado ao Tema n. 698/STF incorpora a natureza bifásica do processo estrutural como elemento de seu núcleo normativo essencial. A identificação prévia de uma deficiência ou ausência grave na política pública, caracterizando o problema estrutural, é pressuposto lógico-jurídico para o posterior provimento judicial de índole estruturante. Essa compreensão multifásica do procedimento não apenas orienta a correta aplicação do julgado vinculante, como também impacta a revisão das decisões judiciais em litígios de índole estrutural, impedindo que instâncias superiores julguem totalmente improcedentes ações por descumprimento do RE 684612/RJ, sem considerar (e manter) o capítulo autônomo da sentença que reconhece a existência do problema estrutural.

¹⁰⁹ Outras medidas de caráter específico foram determinadas ao Judiciário, como a determinação para que fossem realizadas audiências de custódia no prazo de 24hs, contadas do momento da prisão.

Ainda, analisa-se o Tema 698/STF sob a ótica da máxima efetividade dos direitos fundamentais, contextualizada pelo debate Tushnet vs. Landau. Pode-se identificar, então, que, embora a decisão do STF se alinhe ao entendimento de Tushnet, de priorização dos “weak-form remedies”, a pesquisa demonstra a imprescindibilidade de adoção de provimentos judiciais específicos (“structural injunctions”) em determinadas situações. Indica-se pelo menos duas hipóteses em que se vê possível a determinação de medidas pontuais: i) quando estas já estão previstas em lei e ii) quando a aplicação de medidas gerais se mostra empiricamente insuficiente para a efetivação dos direitos socioeconômicos. A própria redação da tese do RE 684612/RJ, ao incluir a locução “como regra”, sugere que o ponto de equilíbrio entre a orientação do julgado e a necessidade da tutela adequada dos direitos deverá ser construído a partir das peculiaridades do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 201-236, jan./mar. 2020.

DIVER, Colin S. **The judge as political powerbroker**: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-106, 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no Processo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LANDAU, David. **David Landau responds to Mark Tushnet**. *OpinioJuris*, 9 mar. 2012. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2012/03/09/hilj-landau-responds-to-tushnet/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

LANDAU, David. **The reality of social rights enforcement**. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012.

LAUDAN, Larry. **Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MARCHIORI, Marcelo. **A atuação do Poder Judiciário na formação de precedentes definitivos: experiências e desafios**. Salvador: JusPodivm, 2022.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2023. RB-2.5. E-book.

MITIDIERO, Daniel. **Ratio decidendi**: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta? São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2023. RB-2.1. E-book.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SUSTEIN, Cass. Analogical reasoning and precedent. In: ENDICOTT, Timothy; KRISTJÁNSSON, Hafsteinn Dan; LEWIS, Sebastian (coord.). **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v. 53, p. 155-164, 2012.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CAPÍTULO VI

PROCESSO ESTRUTURAL E MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS ¹¹⁰

Jussara Nasser Ferreira ¹¹¹
Ferdinando Scremin Neto ¹¹²

¹¹⁰ O presente artigo foi publicado originalmente na obra *Processo Civil: questões controversas: estudos em homenagem ao Professor Olavo de Oliveira Neto*. LOPES, João Batista et al (orgs). Belo Horizonte: São Paulo, D'Plácido, 2023.

¹¹¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professora titular do PPGD da Universidade de Marília – UNIMAR e do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. Docente da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso – FESMP-MT. Membro efetivo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI; do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Realizou estudos de Direito Comparado na Universidade Autônoma do México; Universidade Urbaniana – Vaticano; Universidade de Paris – Sorbonne, Universidade de Tel Aviv e Universidade de Londres. Experiência na área do Direito, especializada em Direito Negocial, Direito de Empresa, Direito de Família, Hermenêutica Jurídica. Autora de obras e artigos jurídicos. Advogada e sócia-fundadora do escritório Borges Ferreira Advogados Associados.

¹¹² Doutor em Direito Empresarial (UNINOVE) e em Função Social do Direito (FADISP). Pós-doutorando em Direito Empresarial (UNICURITIBA). Especialista e laureado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Mestrando em Direito Processual e Cidadania. Aprovado em concursos públicos para Juiz Substituto nos Estados de Alagoas, Paraná e São Paulo. Foi Delegado de Polícia em Mato Grosso, Analista processual do MPU, Técnico Judiciário do TRF-4. Professor no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Paranaense (Unipar-PR), do Curso Damásio e na Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Atuou como Advogado. Aprovado em diversos concursos públicos em todos os níveis (federais, estaduais, municipais). Lecionou junto à SENASP/MJ em cursos voltados ao aperfeiçoamento de policiais civis em todo o País. Juiz de Direito no Paraná. E-mail: ferdinandopretor@bol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

É da essência do processo estrutural tratar de conflitos dinâmicos e multifacetados, razão pela qual a sua aplicação requer o revolvimento das estruturas democráticas e o processo dialógico como grande fio condutor para a melhor condução das demandas estruturais.

Em uma palavra, o processo estrutural requer a criatividade do exegeta, mercê da característica essencialmente coletiva e policêntrica desses conflitos, a demandar tutela jurisdicional própria, permeada dos princípios e regras do microsistema de direito processual coletivo, exigindo ainda um novo olhar para os novos conflitos, aos quais o sistema tradicional é francamente incapaz de oferecer respostas adequadas.

Por essa razão as conclusões do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 5.941 vieram em boa hora, sobretudo por reconhecerem a possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas, em prol da efetivação da tutela efetiva, tempestiva e, sobretudo, eficaz.

De fato, o direito à tutela, corolário do princípio do acesso à justiça (Art. 5º, XXXV da CF) e da razoável duração dos litígios (Art. 5º, LXXVIII da CF), inclui não apenas a fase cognitiva, mas necessariamente a atividade satisfativa do processo, a exigir realização pragmática dos direitos reconhecidos e efetiva conformação do bem da vida a quem dele fizer jus, sob pena de completa ineficiência do sistema processual vigente.

Ao preconizar os poderes do juiz, o Código de Processo Civil autoriza a adoção de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias tendentes a assegurar o efetivo cumprimento das ordens judiciais, *ex vi* do disposto no Art. 139, IV do Código de Processo Civil.

Entender a dinâmica, os pressupostos e limites das medidas executórias heterodoxas e sua conformação ao processo estrutural é o ponto nodal do presente estudo, eis que, se de um lado se apresentam as carências de efetividade processual, de outro estarão presentes os princípios do devido processo legal (Art. 5º, LIV da CF), da proporcionalidade e da razoabilidade, a exigir juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito a cada uma das medidas atípicas eventualmente aplicadas pelo juiz ao caso concreto.

Com efeito, o Poder Judiciário deve assegurar a efetividade das suas decisões, proporcionando respostas adequadas e oportunas aos conflitos estruturais, a fim de que os direitos das partes, uma vez reconhecidos, sejam protegidos e amparados de forma adequada, evitando-se a demora excessiva na resolução das demandas e a prática de atos executórios inúteis ou – o que é pior, a inefetividade das atividades satisfativas.

Pretende-se, outrossim, entender a dinâmica do processo estrutural e das medidas executórias diferenciadas previstas no CPC, reconhecidamente consti-

tucionais por força do julgamento levado a efeito pelo STF, buscando o necessário equilíbrio na aplicação do Direito.

2 DO PROCESSO ESTRUTURAL

O surgimento dos novos direitos requer instrumentalidade adequada do processo, de modo que as lides estruturais estão a requerer novas respostas. “Em verdade, o processo estrutural cuida mais da forma de se conduzir o processo do que propriamente da criação de um direito processual novo” (Scremin Neto, 2023, p. 12).

Por essa razão o processo estrutural é espécie do gênero processo coletivo, por meio do qual se busca, “pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (Vitorelli, 2018, p.333-369).

Se de um lado é correto afirmar que o processo estrutural “surgiu nos Estados Unidos a partir do ativismo judicial (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020)”, os desafios apresentados no atual contexto de desenvolvimento humano não permitem prescindir de seus institutos.

Vide, a respeito, o julgamento de demandas tais como a demarcação indígena da reserva Raposa Serra do Sol, a dimensão concreta conferida no mandado de injunção 708/DF – direito de greve dos servidores públicos, as conclusões na ADPF 378 (rito do *impeachment*), os desastres em rompimentos de barragens em Minas Gerais (Mariana, Sobradinho), os conflitos coletivos pela posse da terra, demandas envolvendo a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), conflitos atinentes ao uso das tecnologias da informação, a incluir as redes sociais, e até mesmo as questões envolvendo recuperações judiciais de grandes conglomerados econômicos, demandas que exigem um novo olhar do operador do Direito, dada a insuficiência da dogmática tradicional em oferecer respostas concretas e suficientes a amparar os multifários direitos envolvidos.

A dinâmica do processo estrutural envolve conflitos policêntricos, razão maior da necessidade de serem construídas decisões estruturantes, incidentes em cascata, para tutelar os direitos correlatos.

Por essa razão é que o conflito estrutural “reclama providências que podem ser muito peculiares e de implementação mais complexa, de modo que o processo civil tradicional – até mesmo o coletivo – acaba se tornando insuficiente ou inútil” (Marçal, 2019, p. 423).

A dogmática tradicional já não é capaz de oferecer respostas adequadas e eficazes a esses conflitos estruturantes, marcados pela multipolaridade, coletividade e complexidade e nos quais há verdadeira ruptura da lógica binária do processo tradicional, caracterizado na dualidade autor e réu, “haja vista a multi-

plicidade de interesses envolvidos e a complexidade do objeto litigioso” (Scremin Neto, 2023, p. 75), cuja desconformidade há de ser solucionada a partir dos vetores da demanda, seja por meio de processo sincrético e ontologicamente aberto às necessidades concretas dos direitos postos em litígio, seja a partir da releitura dos institutos tradicionais do processo civil:

Por meio do processo estrutural, que possui natureza bifásica, a decisão estruturante encerrará a primeira fase do processo, e constatará a necessidade de reestruturação, razão por que tem em si natureza de princípio, visto que estabelece um estado de coisas a ser alcançado, isto é, corrigido, equacionado. A decisão que encerra a primeira fase determinará, pois, de que forma se dará a readequação, quais os meios empregados, o prazo, as especificidades e os envolvidos em sua resolução (Didier Jr., 2021).

De modo que o conflito estrutural reclama aspectos específicos, a saber: (a) flexibilização procedimental; (b) atipicidade dos meios probatórios; (c) medidas executivas adaptadas às características e peculiaridades do caso concreto; (d) celebração de negócios jurídicos processuais; (e) cumulação de pedidos; (f) pedido genérico¹¹³ e decisões em cascata (Scremin Neto, 2023, p. 77).

A abertura epistemológica do processo estrutural diz respeito à plasticidade da demanda, permitindo-se a conformação da tutela às peculiaridades do caso concreto.

Ora, se o direito processual busca a correta proteção dos direitos materiais, é natural conceber a vocação estrutural correlata para a proteção efetiva e eficaz dos novos direitos. “Por essas razões faz-se mister a atenuação das regras processuais de congruência e de estabilização objetivas da demanda, visto que a dinâmica dos fatos e a decorrente repercussão para o processo exigem plataformas abertas para a ótima resolução do litígio” (Scremin Neto, 2023, p. 81).

A flexibilidade procedimental será moldada a partir dos contornos trazidos pelos fatos, partindo-se do pedido genérico do autor e da prolação de tantos provimentos judiciais quantos bastem à completa solução da lide.

Por essa razão é fortemente recomendada a realização de audiências públicas, promovendo-se ainda a atipicidade dos meios probatórios, da cooperação judiciária e das medidas executivas, nos termos do art. 139, IV do CPC, cuja constitucionalidade foi recentemente afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

De modo que o processo estrutural, em última análise, revela-se genuína técnica de efetivação de direitos, desprendendo-se das amarras do processo civil tradicional.

¹¹³ Autorizado na forma do Art. 324, §1º, II do CPC.

3 DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

As medidas executórias atípicas dizem respeito a método ou técnica de execução das decisões judiciais, por meio dos quais impõe-se ao devedor medidas coercitivas indiretas tendentes ao cumprimento voluntário da obrigação.

Como ensina o professor Fábio Caldas de Araújo (2020, p. 757-758):

A técnica sub-rogatória permite que o juiz lance mão de medidas atípicas, as quais não guardam previsão específica no ordenamento processual e permitem maleabilidade para assegurar o cumprimento da tutela específica (...). O Código de Processo Civil põe em relevo especial a missão do juiz no cumprimento das decisões, indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatória que são necessárias para a garantia de acesso à *tutela jurisdicional adequada* (art. 139, IV).

Dado o caráter de excepcionalidade, exige-se do julgador análise de pertinência, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das medidas heterodoxas.

Por essa razão entende-se tratar-se de medidas excepcionais, aplicáveis às hipóteses em que os meios ordinários revelam-se insuficientes ou ineficazes.

De modo que a regra continua a ser, evidentemente, a prática de meios executivos constitutivos ordinários, *verbi gratia*, o bloqueio e a penhora de bens, direitos e ativos, a imposição de *astreintes*, o arresto cautelar, etc. A adoção de medidas atípicas só confirma a premissa geral da execução patrimonial (Art. 831 do CPC).

Casos há, entretanto, em que medidas mais eficazes e adequadas se revelam necessárias diante de recalcitrância infundada do devedor ou de outras circunstâncias específicas evidenciadas no caso concreto – normalmente afetas à falta de colaboração do executado.

Com efeito, o uso de subterfúgios para ocultação de patrimônio e práticas espúrias afetas a elidir a responsabilidade obrigacional acabam por indicar a necessidade de outras medidas indutivas, sub-rogatórias, coercitivas e mandamentais imprescindíveis ao cumprimento das ordens judiciais, inclusive quanto a prestações pecuniárias (Art. 139, IV do CPC).

Deveras, o Art. 139, IV do CPC consagra o princípio da atipicidade dos meios executórios, em franca e direta oposição ao postulado da tipicidade das medidas executivas, temperando o sistema executivo brasileiro (Araújo, 2020, p. 757-758).

Não se trata, como bem adverte a doutrina, de novidade no sistema processual pátrio:

No inciso IV do art. 139 do CPC não há propriamente uma novidade, mas a previsão pode gerar mudanças substanciais no plano da efetivação das decisões judiciais. (...). As medidas sub-rogatórias são aquelas que substituem a vontade do devedor pela vontade do Direito, gerando a satisfação do direito indepen-

dente da colaboração do devedor. (...) Trata-se da consagração legislativa do princípio da atipicidade das formas executivas, de forma que o juiz poderá aplicar qualquer medida executiva, mesmo que não expressamente consagrada em lei, para efetivar suas decisões (Neves, 2016, p. 231).

Conquanto autores como José Miguel Garcia Medina (2015, p. 241) excluam o campo de incidência do dispositivo em cotejo às execuções fundadas em título extrajudicial, mercê da literalidade do texto ao apontar o campo de incidência da norma ao “cumprimento de ordem judicial”, parece-nos que o STF não fez essa distinção. Tampouco a lei.

Entendemos, porém, que as medidas atípicas guardam relação de subsidiariedade no processo de execução, isto é, devem ser adotadas quando exauridas ou insuficientes as medidas típicas.

Nesse sentido o enunciado nº 12 do II Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), *verbis*:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio da decisão à luz do art. 489, §1º, I e II [do CPC] (Neves, 2016, p. 231).

A discussão ganha contornos práticos a partir da vedação da prisão por dívidas civis, mesmo no caso do infiel depositário (Art. 5º, LXVII da CF), ressalvada apenas a hipótese do devedor voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Há vários princípios fundamentadores das medidas atípicas. O primeiro deles diz respeito à efetividade da jurisdição. Deveras, trata-se de postulado fundamental do direito processual moderno, voltado a assegurar que as decisões judiciais, como predito, sejam eficazes, protegendo-se efetivamente os direitos.

Em que pese o princípio da proporcionalidade ser invocado em sua dimensão negativa, isto é, como reforço de vedação aos excessos, é preciso pontuar, lado outro, que a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais aos fins colimados também pode se revelar necessidade ativa de conformação do postulado em cotejo. É dizer, nos casos em que os meios executivos tradicionais revelarem-se insuficientes, é possível inferir das medidas atípicas a adequação suficiente ao mister pretendido – sem que isso se revele ofensa ao princípio, mas, ao contrário, a própria aplicação prática à vista de outros direitos em conflito.

É possível dimensionar, ainda, em alguns casos, as medidas coercitivas atípicas como decorrentes da autonomia da vontade, notadamente no campo dos negócios jurídicos processuais (Art. 190 do CPC). É dizer, não se pode ignorar a capacidade das próprias partes estipularem livremente medidas deste jaez, incidentes sobre direitos patrimoniais disponíveis.

É evidente que a celebração de negócios jurídicos processuais não prescinde de controle judicial, nos termos do parágrafo único do Art. 190 do CPC, mas como regra geral, se não houver excessos, é possível conceber a possibilidade das partes entabularem medidas atípicas consonantes com a natureza das obrigações assumidas e das expectativas de satisfação dos direitos em caso de inadimplemento voluntário e inescusável.

À guisa de exemplo pode ser citado o acordo de penhorabilidade sobre bem legalmente impenhorável, o acordo permitindo a execução provisória independentemente de caução para os atos expropriatórios em caráter definitivo e até mesmo a execução negociada de sentença tendente a implementar determinada política pública objeto de ação civil pública – típica de processos estruturais, inclusive.

Acredita-se, entretanto, que o fundamento mais sólido diz respeito ao poder geral de cautela do magistrado, uma vez que o estatuto processual autoriza a adoção de todas as medidas necessárias para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

É importante lembrar que as medidas coercitivas atípicas não devem ser consideradas propriamente uma novidade do vigente Código de Processo Civil, uma vez que já eram previstas no art. 461, §5º, do CPC/73.

O que mudou foi o campo de aplicação, porquanto o estatuto processual revogado limitava a aplicação dessas medidas atípicas às obrigações de fazer, não alcançando as de fazer e de entregar coisa. A inovação legislativa refere-se à sua aplicação também para induzir o devedor ao cumprimento de obrigações pecuniárias:

Como o dispositivo ora comentado [Art. 139, IV do CPC] não faz qualquer distinção entre as espécies de obrigação executáveis é possível se concluir que a resistência à aplicação das astreintes nas execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação (Neves, 2016, p. 231).

Em todo caso é mister o esgotamento das medidas executivas típicas, ou a invocação do negócio jurídico processual para a imediata incidência das atípicas.

O percuente acórdão de lavra do ministro LUIX FUX, proferido na ADI 5941/DF, baseia-se em 15 (quinze) premissas, a saber:

- (a) o acesso à justiça reclama tutela tempestiva, específica e eficaz sob o primado de realização prática de direitos;
- (b) a morosidade e a inefetividade das decisões judiciais são lesivas ao tecido social;
- (c) sob vértice oposto a efetividade e celeridade são linhas mestras do processo civil contemporâneo, de modo que a razoável duração do processo inclui, necessariamente, a atividade satisfativa;

- (d) o processo executivo representa gargalo na jurisdição brasileira, subsistindo um quadro de desconformidade geral em razão dos inúmeros subterfúgios jurídicos e materiais à disposição do devedor;
- (e) os poderes do juiz incluem medidas executivas atípicas, respeitados os requisitos legais e principiológicos do sistema normativo vigente;
- (f) o caráter ampliativo das cláusulas gerais em matéria processual confere maior liberdade aos operadores do direito em matéria de medidas executivas;
- (g) o intérprete não pode permanecer indiferente ao esforço do legislador em proporcionar mecanismos tendentes a conformar maior efetividade ao processo satisfativo;
- (h) eventuais excessos podem ser corrigidos na via do sistema recursal;
- (i) a dimensão dialética do processo reclama instrumentos de responsabilidade e transparência (*enforcement* e *accountability*), corolários que são dos vetores da cooperação e boa-fé das partes;
- (j) a existência de cenários variáveis e dinâmicos nas tutelas diferenciadas impossibilita concluir, *a priori*, qual o valor jurídico preponderante, sendo mister empregar o raciocínio ponderativo;
- (k) os argumentos voltados à impossibilidade teórica de imposição de restrições irrazoáveis às liberdades não implicam, necessariamente, no reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos guerreados;
- (l) a efetividade não apenas beneficia o credor que recebe o seu direito, mas também favorece o devedor, ao incentivar-lhe postura cooperativa.
- (m) a demora e ineficiência excessivas são componentes da análise econômica do direito, razão pela qual, em cenário de generalizada inefetividade é plenamente factível concluir que o devedor, para além de não ter incentivos colaborativos na relação processual, seja motivado a protelar a satisfação do crédito de outrem, de modo que a própria legislação poderá cair em descrédito, ônus que também será suportado pelo Poder Judiciário;
- (n) não se pode realizar compreensão apriorística de inconstitucionalidade de toda e qualquer medida atípica – circunstância que, se admitida, acabaria por inviabilizar os espaços de discricionariedade judicial, engessando a atividade criativa dos operadores do Direito, notadamente no que diz respeito à atividade judicante.

O acórdão em cotejo é verdadeiro *leading case* para o direito processual brasileiro, autêntica obra de arte composta de 197 (cento e noventa e sete) laudas, por meio do qual foi fixada a seguinte tese:

São constitucionais – desde que respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os valores especificados no próprio ordenamento processual, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – as medidas atípicas previstas no CPC/2015 destinadas a assegurar a efetivação dos julgados.

Veja-se que além do Art. 139, IV do CPC, subsistem previsões normativas espalhadas pelo referido Diploma Legal, a exemplo do Art. 380, *parágrafo único*, do Art. 400, *parágrafo único*, do Art. 403, *parágrafo único*, do Art. 536, §1º, e bem assim do Art. 773, *caput*, todos do Código de Processo Civil em vigor.

Lapidar, ademais, o trecho extraído do voto condutor na ADI 5941, no sentido de que “as normas em exame devem ser lidas em sintonia com o ordenamento no qual estão inseridas, mormente porque não se pode conceber um sistema jurídico livre de aspirações de coerência interna¹¹⁴”. Ademais:

(...) Acolher o pleito de inconstitucionalidade – ainda que sem redução de texto – equivaleria a desconsiderar a existência de um conjunto de normas fundamentais e institutos jurídicos positivados no Novo Código de Processo Civil, que têm exatamente a função de guiar a atividade jurisdicional. Corresponderia, ademais, à limitação, *ex ante*, da discricionariedade do órgão julgador, em nome da proteção absoluta da liberdade do devedor, independentemente dos demais valores jurídicos afetos a cada caso¹¹⁵.

Concordamos, pois, com a ideia fundante segundo a qual se torna “inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional¹¹⁶.” O juiz da modernidade está comprometido com a efetividade das decisões que profere diuturnamente no exercício da atividade judicante.

4 CONCLUSÕES

A busca do tênue equilíbrio existente em, de um lado, assegurar a confiança e a legitimidade do sistema de justiça, e de outro garantir a efetividade e a proteção dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos é tarefa hercúlea.

As medidas executivas atípicas ganham singular espaço no âmbito dos processos estruturais, haja vista não apenas a abertura dialógica, isto é, a possibilidade de construção negociada da melhor solução ao caso concreto, mas também diante da impossibilidade teórica e prática de se encontrar, apriorística-

¹¹⁴ Trecho do voto do ministro LUIZ FUX, Relator da ADI 5941, p. 21. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

mente, quais medidas serão necessárias a recompor o estado de desconformidade aos parâmetros de otimização exigidos pelo direito material.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de Processo Civil**. Tomo I – Parte Geral. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. Tomo II. São Paulo, Malheiros, 2020.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BOCHENEK, Antônio César. Demandas Estruturais: Flexibilidade e Gestão. **Revista Judicial Brasileira – ReJuB**, Brasília, ano 1, n. 1, p. 155-178, jul./dez. 2021.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.941. Direitos fundamentais. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 9 de fevereiro de 2023. Diário da Justiça Eletrônico (DJE), Brasília, DF, aos 28 de abril de 2023.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 75, jan./mar. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015. p. 144 e 153.
- HAZARD JR, Geoffrey C; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure**. Yale: Yale Press University, 1995.
- JOBIM, Marco Felix. As tutelas provisórias no CPC/2015 e a tutela de urgência antecipatória cautelar portuguesa: pontos de semelhança e diferença. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; GONÇALVES, Marco Carvalho (Orgs.). **Direito processual civil: Diálogos Brasil-Portugal**. Londrina: Thoth Editora, 2020.
- JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MARÇAL, Felipe Barreto et al. Processos Estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. **Revista de Processo**, v. 289/2019, p. 423-448, mar. 2019. DTR\2019\23968.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo, RT, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: RT, 2020.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Notas sobre Processos Estruturantes**. [2020?]. Disponível em: <https://josemiguelmedina.jusbrasil.com.br/artigos/920066468/notas-sobre-processos-estruturantes>. Acesso em: 19 ago. 2021.
- MONTELEONE, Girolamo. **Manuale di diritto processuale civile**. Vol. 2. 4. ed. Padova: Cedam, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador, Jus Podivm, 2016.
- OLIANI, José Alexandre Manzano. **O Contraditório no NCPC**. São Paulo: RT, 2016.
- PAIM, Gustavo Bohrer. O Référé Francês. **Revista de Processo**, v. 203/2012, p. 99-118, jan. 2012.
- SCREMIN NETO, Ferdinando. **Tutela de Urgência e Processo Estrutural**. São Paulo, Dialética, 2023.
- VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**”. Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p.333-369.
- VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
- VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. **Lês referes**. Paris: Litec, 2003, n. 1.054-1.057.

CAPÍTULO VII

MANDADO DE INJUNÇÃO: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS *VERSUS* ATIVISMO JUDICIAL

*Luciano Roberto Del Duque*¹¹⁷

1 INTRODUÇÃO

O mandado de injunção é um remédio jovem em um país de modernidade tardia. A concretização, através dele, dos direitos e liberdades fundamentais e das prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania, demanda mudança de paradigma na compreensão da ciência jurídica, terreno que pretendemos ajudar a preparar. Tanto para que o instrumento (MI) não seja utilizado pelo judiciário para avançar, indevidamente, na esfera de competência de outro poder (ativismo judicial), quanto para que, no afã de não violar o princípio da separação dos poderes, ele não deixe de concretizar os direitos, liberdades e prerrogativas que tem por escopo.

A formação da sociedade brasileira, o desenvolvimento da sua economia, as formas de Estado que possuiu, os sistemas de governo que praticou, a política desenvolvida no país e a construção do seu sistema jurídico, aliados as influências jurídico-filosóficas estrangeiras, aqui mal recepcionadas, e ao seu constitucionalismo peculiar, legaram à nação um estado de baixa constitucionalidade.

A Constituição Federal brasileira de 1988, que visou ser cumpridora das promessas inadimplidas do passado, juntou em um único texto legal aquilo que os países do leste europeu (Alemanha, principalmente) e os Estados Unidos, nossos principais influenciadores no direito público, conceberam em três estágios e mais de duzentos anos de história (Estado Liberal, Estado Social e Estado

¹¹⁷ Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba, 2000. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Franca, 2004. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM 2007. Mestrando em Direito da Cidadania e da Coletividade pela Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP: Luciano.duque@sou.unaerp.edu.br

Democrático de Direito). Grande leque de direitos, garantias e prerrogativas aos cidadãos e de obrigações ao Estado (sobretudo no plano social), divisão do poder, atribuições a cada um, estrutura da ordem jurídica etc.

O presidencialismo de coalização e o pluripartidarismo, aliados ao modelo oligárquico que, desde priscas eras, marcou o cenário social do país, patentearam prática política na qual, ao invés de instrumentos de moderação salutarres na nova ordem, se utiliza o toma lá dá cá. Modelo que, na grande maioria das vezes, gera conflitos pela falta de cumprimento das alianças entre quem toma e quem dá.

O judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal (guardião da higidez da Constituição), fica, neste cenário, em evidente notoriedade pela intensa judicialização da política. O mecanismo do check and balances nem sempre funciona e o ativismo judicial pode violar postulados e colocar em risco o Estado Democrático e de Direito.

No Brasil do século XXI os olhares de juízes, promotores, defensores públicos, advogados, governantes, legisladores, e, bem assim, da sociedade, devem se voltar, mais do que nunca, à Constituição Federal de 1988. Mas, desarmados do velho espírito do Estado abstencionista e imbuídos daquele do Estado garantidor. Não de privilégios, mas, de concreção da igualdade no “ponto de partida”, base para que os direitos e liberdades fundamentais e as prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania sejam respeitados.

A hermenêutica jurídico-constitucional de cariz filosófico será defendida neste trabalho, a partir das linhas mestras traçadas por Heidegger e Gadamer, adornadas por Streck. É elemento que, conquanto não possa apagar o passado, nos ensina a enfrentar do presente.

O trabalho será desenvolvido com a utilização dos métodos dedutivo e dialético. Partindo das bases teóricas estudadas com ênfase em livros, artigos de revistas, periódicos jurídicos, publicações em anais de congressos e repositórios oficiais de programas de pós-graduação *stricto sensu* nacionais e internacionais, serão deduzidas premissas que serão tomadas por verdadeiras, e que, pela tese levantada, irão conduzir à conclusão efetivada fechando o ciclo do nosso propósito. Ela (tese), para demonstrar sua solidez, será submetida, ainda, ao confronto com premissas aparentemente antagônicas (tentativa de falseamento).

A pesquisa irá, em primeiro passo, identificar as influências jurídico-filosóficas externas ao direito brasileiro e delinear nosso constitucionalismo peculiar, demonstrando a ausência de base teórica prévia à Constituição Federal de 1988 (seções I e II).

No segundo, como e porque elas (influências e falta de base teórica) conduziram à interpretação equivocada da norma constitucional, demonstrando (seção III) o paradigma à correta compreensão da referida linguagem.

No terceiro tornará evidente o arcabouço teórico e prático do mandado de injunção (seção IV) para concluir que sua dinâmica, antes de configurar ativismo judicial, acena à concreção dos direitos e liberdades fundamentais e das prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania.

1 TEORIAS JURÍDICAS INFLUENCIADORAS DO DIREITO PÁTRIO

1.1 Jusnaturalismo

Com o surgimento do pensamento crítico do direito a partir das escolas filosóficas da Grécia e de Roma surgiu e se firmou o conceito de direito natural, que conformava as regras sociais de convivência e servia de suporte a garantia da ordem. Considerado em suas três facetas: a) cosmológica (Sófocles, Anaximandro, Anaximenes, Heráclito, sofistas e estóicos – Panécio e Cícero) – o direito derivaria da ordem natural das coisas; b) teológica (Aristóteles, Estóicos, Cícero, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino) – o direito derivaria da ordem ditada por Deus, e; c) antropológica (Hugo Grócio – existência da razão humana universal – Gottfried Wilhelm Leibniz – dom divino da liberdade administrado pelo homem – Immanuel Kant – razão prática – acordo de arbítrios segundo lei geral de liberdade) – o direito derivaria daquilo que a razão humana considerasse justo.

Sófocles¹¹⁸, por meio da sua célebre obra “Antígona”, deu mostras da faceta cosmológica do jusnaturalismo. Nela a personagem Antígona, ao defender-se da acusação de desobediência à lei do rei Creonte, diz:

[...] Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou (as leis positivas), nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temor às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina. (SÓFOCLES, 1999, p. 35-36). [...]

Sobre a faceta teológica do jusnaturalismo, Sabadell¹¹⁹ discorre que:

[...] o direito natural fundamenta-se na vontade de Deus, sendo produto de sua decisão, que cria uma lei eterna para governar o universo. O Deus cristão dá ao homem o poder de dominar o mundo e, ao mesmo tempo, outorga-lhe um código leis. [...] (2002, p.26).

¹¹⁸ SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 1999.

¹¹⁹ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Para a escola do jusnaturalismo de faceta antropológica ou Escola do Direito Natural Racional, segundo Sabadell¹²⁰:

[...], o direito constitui uma ordem preestabelecida, decorrente da natureza do homem e da sociedade. O acesso ao direito não pode ser, porém, oferecido através de textos ou tradições “sagradas”, como sustentava a escola teológica. O uso da razão humana é o único meio adequado para descobrir os fundamentos da ordem natural. (SABADELL, 2002, p.27).

Resumindo, à Escola do Jusnaturalismo Racional o Direito é a expressão do justo segundo princípios da moral. Para ela “o Direito Natural era um código completo de regras jurídicas racionais a serem copiadas ou transpostas para a forma escrita pelo Legislador” (MAGALHÃES FILHO, 2006, p. 215¹²¹).

A teoria do jusnaturalismo vigorou até o advento da Revolução Francesa (1789), quando seus idealizadores sustentaram que os princípios universais (ideais que lhe serviram de base – igualdade e liberdade), enquanto direitos justos e corretos, deveriam passar a constituir direito positivo (teoria da plenitude da lei – fetichismo legal). A Revolução Francesa, baseada nos princípios do direito natural, foi, então, o marco histórico do abandono do pensamento jusnaturalista que lhe sustentara.

1.2 Juspositivismo

Para Norberto Bobbio¹²², “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação” (BOBBIO, 1995, p. 119).

A teoria juspositivista passou a pregar a neutralidade baseada no experimento e na formalidade, sustentando a existência de um conjunto de leis emanadas do estado (democrático ou não), que disciplinariam a vida em sociedade visando a pacificação social.

A teoria teve Thomas Hobbes como um dos seus precursores e expoentes. Para ele as regras construídas a partir da sociabilidade humana, dentro de um pacto social onde o estado recebe legitimidade e as impõe coercitivamente, seriam suficientes em si e capazes de promover a ordem.

Para Hobbes o juspositivismo se assentava na legitimação contratual da norma. Entendia a lei como sinônimo de ordem, tendo a imperatividade como

¹²⁰ Ob. Cit. p. 27.

¹²¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3.ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

¹²² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

fator que lhe é imanente. Tal lei tinha origem exclusivamente no soberano, que considerava como o único legislador, sendo destinada aos súditos que participaram do pacto social como cedentes de seu poder político ao soberano (VASCONCELOS, 2002¹²³).

Jean-Jacques Rousseau, também expoente do juspositivismo, traduziu-lhe com um caráter mais democrático. Para ele o absolutismo da lei decorreria da vontade geral do povo manifestada por seus representantes. E que ela (vontade geral – lei) poderia ser modificada quando tornar-se inconveniente.

Para Rousseau, citado por Arnaldo Vasconcelos, o “poder absoluto transfere-se para o povo, daí em diante já não contando a vontade do príncipe para nada” (VASCONCELOS, 2002, p. 106¹²⁴).

Segundo Rousseau¹²⁵:

[...] eis a prova de que a igualdade de direito e a noção de justiça que ela produz derivam da preferência que cada um tem por si mesmo e, por conseguinte, da natureza do homem, de que a vontade geral, para ser verdadeiramente geral, deve sê-lo tanto em seu objeto quanto em sua essência, de que deve partir de todos, para aplicar-se a todos; e de que perde sua retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado, porque, então, julgando aquilo que nos é estranho, não temos a guiar-nos nenhum verdadeiro princípio de equidade (ROUSSEAU, 1996, p. 40).

Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito), igualmente positivista (escola normativista), pregou que as leis estruturariam um ordenamento jurídico cujo funcionamento é verificado por ele próprio. O *sentido da lei* estaria no ordenamento do qual procede. Sustentou a hierarquia normativista piramidal onde a lei posterior (inferior) é orientada pela que lhe antecede (superior) e a Constituição ocupa o ápice, orientando o sistema, garantindo-lhe unidade, harmonia e tendo por orientação a norma hipotética fundamental. Para ele Direito e Sociologia eram ciências divorciadas. Enquanto o Direito, Ciência Pura, situava-se no mundo do “dever ser” [fato genérico (ilícito) + consequência específica (coação) = norma jurídica], a Sociologia Jurídica situava-se no mundo do “ser” (causas que se localizam entre os fatos ou comportamentos jurídicos). O direito estaria, então, dissociado do fenômeno social.

Kelsen não estabeleceu métodos interpretativos do Direito. Não admitia que critérios extrajurídicos levassem à compreensão da norma. Ele excluía da ciência jurídica considerações filosóficas de caráter valorativo e refutava tudo o que se referia a política. O Direito era, para ele, neutro (plenitude da lei).

¹²³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. Ob. Cit., p. 106.

¹²⁴ Ob. Cit., p. 106.

¹²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Para Kelsen impedia ao magistrado que decidisse segundo a norma posta. Se julgasse uma querela de forma adversa à previsão normativa estaria agindo com ilegalidade (SABADELL, 2002¹²⁶). Ele, segundo Glauco Barreira Magalhães Filho, entendia a sentença como resultante de um ato volitivo ou de decisão do magistrado, no qual escolhia, dentre as várias possibilidades “aceitas e cabíveis na moldura normativa” ou “em sua literalidade” (juiz boca da lei), a correta interpretação de seu sentido (MAGALHÃES FILHO, 2004¹²⁷).

Mesmo refutando todas as considerações filosóficas de caráter valorativo, Kelsen¹²⁸, no final de sua obra, admitiu a existência delas no mundo jurídico. Considerou a norma hipotética fundamental componente primaz (direito natural) da sua teoria:

[...] a norma fundamental foi aqui descrita como a pressuposição essencial de qualquer cognição jurídica positivista. Caso se deseje considerá-la como elemento de uma doutrina de Direito natural, a despeito de sua renúncia a qualquer elemento de justiça material, pouca objeção se pode fazer; na verdade, tão pouca objeção quanto se pode opor caso se queira chamar metafísicas as categorias da filosofia transcendental de Kant, por não serem elas dado da experiência, mas condições da experiência. O que está envolvido, simplesmente, é, lá, um mínimo de metafísica, e aqui, de Direito natural, sem os quais não seria possível nem uma cognição da natureza, nem do Direito. [...] a teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina de Direito natural em conformidade com a lógica transcendental de Kant (KELSEN, 1995, p. 425/26).

1.3 Jurisprudência de Interesses

A doutrina juspositivista atraiu muitos outros adeptos. Grande parte deles, no entanto, passou a defender uma abordagem antiformalista do Direito, sobretudo depois da segunda guerra mundial, quando teriam compreendido que a legalidade estrita servira à justificativa de crimes de guerra.

Dentre os referidos adeptos destacou-se, por exemplo, Philipp Heck e a denominada jurisprudência de interesses. Passou a sustentar que, apesar da hegemonia da lei, o aplicador do direito deveria ponderar os interesses conflitantes no caso concreto para oferecer solução de acordo com o que se pretendeu fosse a vontade do legislador.

¹²⁶ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3.ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

¹²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

Para a escola da jurisprudência de interesses o juiz “deve entender quais são os interesses em jogo, no caso em concreto, e oferecer uma solução que seja conforme ao espírito e à finalidade da lei” (SABADEL, 2022, p.38¹²⁹).

1.4 Teoria Crítica do Direito

No rumo antiformalista da jurisprudência de interesses o cenário jurídico viu florescer a denominada Teoria Crítica do Direito. Desenvolvida a partir dos estudos da chamada Escola de Frankfurt, capitaneada por Max Horkheimer e Theodor Adorno, seguidos por Jürgen Habermas, dentre outros, passando a sustentar que o fenômeno jurídico não cuida de fatos ordenados que independam da interferência subjetiva do aplicador. Defendeu que ele (aplicador) pode, ante a realidade do caso concreto e premido pelo ideário de justiça, buscar os fundamentos da sua decisão em outras fontes (extralegais – sociologia, antropologia etc). A Teoria Crítica ganhou força nos Estados Unidos por Duncan Kennedy, Karl Klare e o brasileiro, Roberto Mangabeira Unger.

Luís Roberto Barroso¹³⁰, acerca da teoria crítica, registrou:

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. (BARROSO, 2001, p. 10).

Clóvis Alberto Volpe Filho e Luciana de Oliveira Scapim¹³¹, também discutindo acerca da teoria crítica, registraram:

[...] a justiça deve ser buscada pelo intérprete, ainda quando não a encontre na lei. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode olvidar-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). [...]

[...] a Teoria Crítica do Direito clama por um intérprete consciente de suas circunstâncias, para conseguir aplicar o Direito de forma correta, não se apegando única e exclusivamente na lei, mas no problema que lhe é apresentado, levando sempre em conta a realidade social em que vive, pois assim, segundo o pensamento crítico, a aplicação do direito será mais justa. Para o pensamento crítico, o pensamento tradicional ao pregar que o Direito é racional, esquece

¹²⁹ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001.

¹³¹ VOLPE FILHO, Clovis Alberto; SCAPIM, Luciana de Oliveira. **Breves Considerações Sobre a Teoria Crítica do Direito**. Trabalho Acadêmico. Franca: Universidade de Franca, 2004.

seu lado prático, intuitivo e emocional, pois nem o Direito e nem as decisões jurídicas conseguem ser simplesmente racionais [...]

[...] O pensamento crítico não aceita a afirmação de que o Direito tem um ser, seja cultural ou ideal, apto a constituir um objeto do qual o sujeito que o conhece se aparta. O Direito, na verdade, é permanentemente constituído pela experiência social à medida que os conflitos sociais se problematizam, fazendo surgir assim as respectivas soluções normativas. O jurista precisa inserir-se na sociedade para entender que o Direito não é apenas àquele da benção estatal. O direito deve ser identificado com o bem comum, com a justiça e a igualdade, não devendo ser utilizado como artifício pelas classes dominantes [...] (VOLPE FILHO e SCAPIM, 2004, p. 08-09).

1.5 Pós-Positivismo

O mundo jurídico ainda viria florescer novo pensamento, denominado pós-positivismo, “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2001, p.19¹³²)

Leonardo Zehuri Tovar¹³³ registrou, sobre o reconhecimento dos princípios como protagonista da nova teoria, que:

[...] os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhe seja atribuído o enfoque, ganharam, ou melhor, tiveram reconhecido seu intenso grau de juridicidade. Ou seja, deixaram de desempenhar os princípios um papel secundário, para passar a cumprir o papel de protagonistas do ordenamento, ganhando, nessa medida, o reconhecimento de seu caráter de norma jurídica potencializada e predominante. (2005, p. 2).

Mesmo com a unidade e a harmonia o ordenamento normativo é pluralista e dialético, e, segundo Luis Roberto Barroso¹³⁴ “[...] permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, 2001, p. 21), o que em um caso concreto pode ocasionar choque de princípios, como os princípios da “liberdade de expressão” e o “de privacidade”, o de “propriedade” e “sua função social”. Confrontos que seriam resolvidos mediante a ponderação de valores.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001.

¹³³ TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n.696, 1 jun. 2005.

¹³⁴ Ob. Cit., p. 21.

2 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO – MODERNIDADE TARDIA

As constituições brasileiras, incluindo a de 1988, além de terem sido influenciadas pelas mudanças do panorama no plano da Teoria do Direito, tiveram a concomitância, no plano prático, da manutenção do poderio das elites e do alijamento das classes populares do processo político e das tomadas de decisão. E isso se deu porque, em países periféricos como o Brasil, de modernidade tardia, governos democráticos em sociedades oligárquicas são intermeados por longas ditaduras. Cenário que não propicia um estudo prévio à concepção da Constituição Federal, e, bem assim, onde ela é muito pouco observada, principalmente quando se fala em direitos e garantias fundamentais.

2.1 Constituição do Império de 1.824 – Características e Contexto Histórico-Social¹³⁵

A população brasileira, do descobrimento à independência, foi sendo formada pelos: a) índios (em 1500, com a chegada da esquadra de Cabral, cerca de 5 milhões habitavam nossas terras); b) missionários Jesuítas que para cá vieram a fim de inculcar a sua fé nos gentios; c) negros (escravos, trazidos da África para servir ao trabalho pesado de exploração dos nossos recursos); d) degredados portugueses, que, cumprindo pena na metrópole, obtiveram permissão para fazê-lo de forma livre na colônia; e) correspondentes da coroa portuguesa, que tornaram-se capitães donatários ou governadores e cuidavam da segurança e da exploração das terras que aqui lhe eram concedidas, incluindo a destinação da produção; f) colonos que aqui eram deixados para atuarem nas capitanias, e; g) outros europeus (franceses, holandeses, espanhóis etc).

Este trabalho não comporta maior digressão no tocante às investidas da França e da Holanda sobre o território da colônia brasileira. Nem demanda maior inserção no período de dominação de Portugal pela Espanha, que assumiu a colônia. Referidos acontecimentos, conquanto tenham marcado a sociedade da época, gerando lutas e revoltas, não legaram maior fruto ao nosso Direito.

O que de fato importa é que, de Portugal, conhecemos as Ordenações Afonsinas, que lá vigoraram de 1446 a 1514 e aqui no início da era colonial. As

¹³⁵ Os estudos que deram base a produção da presente subseção e das seguintes, no histórico do constitucionalismo pátrio, foram realizados, principalmente, a partir das seguintes obras cujos textos, aqui resumidos com as palavras do autor, ficam recomendadas ao aprofundamento do leitor: BUENO, Eduardo – BRASIL: uma história: cinco séculos de um país em construção – Rio de Janeiro: Leya, 2012 / VICENTINO, Cláudio/DORIGO, Gianpaolo – História do Brasil – São Paulo: Scipione, 1997 / CHAVES, Antônio. 2000. Formação histórica do direito civil brasileiro. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 95, 64. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67456>.

Ordenações Manuelinas, que lá vigoraram de 1514 a 1595 e aqui até o advento das Ordenações Filipinas. E as últimas, que lá vigoraram de 1603 a 1867 e aqui em grande parte da era colonial até o advento do Código Civil de 1916 (em relação ao Direito Civil). Eram divididas em livros (5 – cinco): I – Organização Judiciária; II – Relações entre o Estado e a Igreja; III – Processo Civil; IV – Direito Civil (Família, Propriedade, Obrigações, Sucessões e Prescrições); V – Direito Penal e Processo Penal.

As ordenações, que se consubstanciaram no direito positivo praticado, não foram suficientes a gama de conflitos que a colônia passou a ter que enfrentar. Além do Direito Consuetudinário, do Romano e do Canônico, eram aqui aplicadas: a) leis gerais vindas de Portugal; b) leis especiais a situações específicas decorrentes da expansão colonial; c) Cartas do Rei, com disposições gerais, recomendações, conselhos etc; d) Decretos de interpretação/esclarecimentos das leis; e) Alvarás, com disposição transitórias; f) Resoluções com pareceres dos tribunais da corte; g) Provisões Régias do Rei sobre súplicas dos tribunais; h) Assentos/decisões da Casa de Suplicação da corte; i) Regimentos de regulação de serviços públicos; j) Estatutos de corporações; k) Instruções/Regras sobre serviços de autoridades públicas; l) Avisos/Ordens dos secretários do Estado, e; m) Portarias/Cartas abstratas do Secretário de Estado.

Com o desenvolvimento econômico da colônia a legislação nativa ganhou corpo, antes do nosso constitucionalismo. O Brasil passou a conhecer regras sobre seguros, letras de câmbio, câmbio marítimo, corretores de câmbio e o Código Mineiro, que regulamentava a extração de minério e pedras preciosas.

Movimentos contra as regras abusivas da coroa e em favor da independência passaram a ter lugar, como a conjuração mineira, na época da corrida do ouro, a inconfidência baiana e a revolução pernambucana.

A colônia transformou-se em Reino Unido à Portugal e Algarves por carta régia de 16.12.1815. Pra cá se mudou a família real, fugindo das investidas de Napoleão sobre Portugal, trazendo arquivos públicos e organizando ministérios e instituições no Rio de Janeiro, que se tornou a capital do Reino.

Novas leis passaram a ser criadas, com ênfase no direito público. De caráter econômico-liberal, absorvido das revoluções burguesas (americana e francesa), destacando-se a carta régia de 28.01.1808, onde D. João VI abriu os portos brasileiros à navegação internacional.

A Revolução Liberal do Porto levou a família real a retornar a Portugal, aqui deixando o príncipe regente, Dom Pedro I. Não tardou para que ele, ante a insurgência da sociedade e mesmo instado a retornar a Portugal, protagonizasse o conhecido dia do fico (8 de janeiro de 1822) e bradasse *independência ou morte* (7 de setembro de 1822), tornando-se imperador.

Foi dentro do contexto social e jurídico antes referido que Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, outorgou a primeira Constituição do Brasil, a do

Império. Ele recebeu o texto do Conselho de Estado, criado após ter dissolvido a assembleia constituinte. Com ênfase em direitos fundamentais (liberdade de expressão e de religião e a inviolabilidade de direitos civis e políticos – influência do iluminismo europeu), mas, forte contrariedade entre liberalismo e absolutismo (constitucionalizou o poder moderador que colocava a vontade do imperador acima dos outros poderes), ela vigorou até 1891.

2.2 Constituição da República Velha – 1891

A coroa portuguesa, relutante, acabou cedendo à separação do Brasil. Mas cobrou vultosa quantia como indenização, que foi paga com empréstimo realizado junto à Inglaterra (muitos historiadores tratam como o início da dívida externa brasileira).

No reinado de Dom Pedro I foi estabelecido o ensino jurídico no Brasil (Lei 11.08.1827). Criou-se 2 (dois) cursos, nas academias de São Paulo e de Olinda.

Dom Pedro I, cedendo a revoltas, renunciou ao reino em 1831. O sucessor, seu filho, era criança, e, pela Constituição de 1824, só poderia ascender ao trono com 18 anos. O Brasil seguiu, então, com o período das regências provisórias.

Durante o período das regências criou-se a Guarda Nacional em 1831. E a Constituição de 1824 foi emendada pelo Ato Adicional de 1834, que criou as assembleias legislativas provinciais em substituição aos antigos conselhos submetidos ao imperador. Mas a escolha dos presidentes das províncias permaneceu sob o crivo do governo central.

A regência trina foi substituída pela una, que passou a ser eleita pelas assembleias provinciais. E foram suspensos o poder moderador e o conselho de Estado, esteios do absolutismo.

O período regencial também foi marcado por intensas revoltas entre os movimentos liberais das províncias e o parlamento do país. As principais ficaram conhecidas como cabanagem, sabinada, Balaiada, revolta dos malês e a revolução farroupilha.

Em 1840 teve lugar, no cenário político do Brasil, o conhecido golpe da maioria, pelo qual o parlamento brasileiro antecipou a de Dom Pedro II para que ele, aos 14 anos, pudesse ser coroado imperador. Dom Pedro II governou o Brasil durante 49 anos.

O governo de Dom Pedro II também foi marcado por intensos conflitos, internos e externos. Delineados, principalmente, pelos movimentos nacionais e internacionais pela abolição da escravatura. E pela conhecida Guerra do Paraguai.

A Inglaterra pressionava o Brasil à proibição do tráfico de escravos. Ela acabou ocorrendo em 1850 (*pra inglês ver*). Mas a transição à abolição foi lenta e ela ocorreu apenas em 1888. E a Guerra do Paraguai, conflito havido entre o Paraguai e a tríplice aliança (Brasil, Argentina e Uruguai) entre 1864 e 1870,

legou ao país o enfraquecimento da economia (nela foi gasto muito dinheiro) e da monarquia.

Com o enfraquecimento da monarquia os militares e os republicanos passaram a conspirar contra o imperador. A Princesa Isabel, regente em viagem de D. Pedro II, visando conter os ânimos, editou a Lei da Abolição da Escravatura. Mas em 15 de novembro de 1889 os militares deram o golpe e proclamaram a República.

A era das regências e a do segundo reinado deixaram legado ao direito pátrio. Vivenciamos, na esteira do ocorrido na Europa, a *era das codificações* (mesmo sem ainda termos tido ênfase em nosso Constitucionalismo devido ao absolutismo e as revoltas populares). Ênfase no Direito Penal, no Direito Comercial, no Direito Processual Civil e no Direito Civil. O Brasil conheceu o Código de Processo Comercial (Decreto n. 737, de 25.11.1850), o de Registro Civil (Decreto n. 9.886, de 1888) e o Código Criminal (Decreto de 16.12.1830). Em relação ao Direito Civil, Teixeira de Freitas, contratado, apresentou e foi aprovada, em 1858, uma Consolidação das Leis Cíveis (Decreto n. 2.318, de 22.12.1858). Mas teve seu contrato rescindido pelo Ministro da Justiça, José de Alencar, em 1868, e não conseguiu aprovar seu projeto. Trabalho que prosseguiu, apenas, em 25.01.1899, quando Eptácio Pessoa, Ministro da Justiça de Campos Sales, convidou Clóvis Beviláqua, que apresentou seu projeto naquele mesmo ano. E que, fruto de embates políticos, restou aprovado apenas em 26.12.1915, quando foi concebido o Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071, de 01.01.1916).

É neste cenário, então, depois do golpe militar ao Império e da instituição do governo “republicano” provisório, chefiado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, que foi promulgada a 1ª Constituição da República de 1891, cujos principais autores foram Ruy Barbosa e Prudente de Moraes.

Com forte influência da Constituição dos Estados Unidos (o país passou a ser Estados Unidos do Brasil), marcou o começo da república federativa (mesmo sem termos experiência com o modelo), o início do “voto direto” para presidente da república, vice-presidente, senadores e deputados (voto aberto, porém, apenas aos homens alfabetizados e maiores de 21 anos – presença do coronelismo e do voto de cabresto), previu a separação dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário) e entre o Estado e a Igreja, o crime de responsabilidade do presidente da república, e colocou fim aos títulos de nobreza.

2.3 Constituições da Era (Ditadura) Vargas (1934 e 1937)

Depois da revolução e do golpe de Estado de 1930, Getúlio Vargas, conduzido, provisoriamente, à presidência da república, criou a assembleia nacional constituinte em 3 de maio de 1932, que deu início ao texto da Constituição

promulgada em 16 de julho de 1934, inspirada nas constituições alemã (Weimar – 1919) e espanhola (1931).

A nova constituição tinha contornos social e democrático. Trazia princípios básicos da legislação trabalhista, regulamento da ordem econômica e social, da educação, da cultura, da família e da segurança nacional, e instituía como componentes do poder judiciário a justiça eleitoral e a militar. Tornava o voto secreto e dava às mulheres o direito de sufrágio. Além de ter instituído o mandado de segurança como garantia do direito incontestável.

A Constituição Federal de 1934 não teve, entretanto, aplicação no plano prático. O presidente governava por Decretos. E, em 1937, Vargas decretou novo golpe de Estado. Instituiu o Estado novo e se manteve no poder (por 15 anos) por meio de uma nova constituição que outorgou em 10 de novembro de 1937, fortemente inspirada no modelo fascista de organização política (ficou conhecida como “Constituição Polaca” em alusão ao regime Polonês também adotado por Benito Mussolini).

2.4 Constituição Federal de 1946

Vargas, prevendo ser a ordem natural das coisas, já que o Brasil lutara na segunda guerra contra o autoritarismo, depois de quinze anos no poder convocou eleições (1945), que foram vencidas por Eurico Gaspar Dutra.

Dutra cuidou para que a mesa da assembleia eleita discutisse e elaborasse a nova Constituição da República, por ele promulgada em 18 de setembro de 1946. Era a quinta do país, considerada a mais democrática até então.

A Constituição de 1946 retomava o princípio federativo da Constituição de 1891, e os liberais da Constituição de 1934. Restaurava os três poderes da república, o crime de responsabilidade, o mandado de segurança, o direito de greve, o sufrágio feminino, e recobrava o prestígio do poder judiciário, fixando as três garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. O mandato presidencial era de 5 anos e era vedada a recondução. Perdurou até 1967.

A Constituição Federal de 1946 também foi pouco aplicada. Basta que consideremos a convulsão social e política ocorrida da sua promulgação até o advento do golpe militar de 1964, com o posterior estabelecimento da Constituição de 1967. Iniciada com o suicídio de Vargas, que voltou à presidência pelo voto, depois do governo Dutra, período em que o seu vice (Café Filho) e outros, aliados ao último, tramavam golpe contra o seu governo. E continuada com a movimentação dos militares e de parte do cenário político que tramaram golpe contra o governo de João Goulart (vice de Jânio que assumiu o poder depois de Kubstchek e da renúncia dele – Jânio), até que o realizaram.

2.5 Constituição Federal de 1967 (Ditadura Militar)

Com o golpe militar de 1964, depondo João Goulart, o General Humberto de Alencar Castelo Branco assumiu o poder. E, pelo AI 4, convocou o congresso para sessão extraordinária com o objetivo de discutir e votar o projeto de Constituição apresentado por ele.

A promulgação da Constituição militar (6ª do país) se deu em 24 de janeiro de 1967. Incorporava uma série de princípios presentes nos atos institucionais impostos. Teve vida curta, por conta dos abusos dos atos institucionais.

2.6 Constituição Federal de 1988 – Constituição Cidadã

A Constituição de 1988, precedida de intensas lutas pela abertura política (democracia), foi promulgada em 5 de outubro de 1988, depois de ter sido debatida e votada durante um ano e meio.

Chamada de constituição cidadã, por ter sido criada pelo poder constituinte originário e por traduzir valores democráticos, dentre eles o plebiscito, onde o povo pôde escolher a forma de Estado e o sistema de governo brasileiros (República ou Monarquia / Presidencialismo ou Parlamentarismo).

Principiológica, prevendo direitos, garantias e liberdades fundamentais (liberdade, igualdade, trabalho, previdência, cooperação, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular etc). E, ainda, a forma federativa, ascensão à saúde, direito civil, da infância e da juventude, direito ao voto em sua plenitude, consolidação e pleno desenvolvimento de todas as instituições e poderes etc.

A Constituição Federal brasileira de 1988 pretendeu ser a cumpridora das promessas inadimplidas do passado. Reuniu em um só texto o que os países do leste europeu e os Estados Unidos conceberam em três estágios de evolução e mais de duzentos anos de história (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito).

Mas o presidencialismo de coalização e o pluripartidarismo, associados à oligarquia reinante desde a colônia, estão longe de transformarem o nosso parlamento em um órgão de moderação. Os impagáveis acordos entre ele e o executivo geram crises institucionais que desaguam no judiciário, colocando-o em notoriedade dentre os poderes.

A Constituição de 1988 experimenta, nesta conjuntura, notória crise de identidade provocada pela rotineira deturpação da sua linguagem. É um dos maiores obstáculos a serem vencidos na luta pelos direitos e liberdades fundamentais e prerrogativas da nacionalidade, da soberania e da cidadania. E, bem assim, para que os remédios que nela são previstos, principalmente o mandado de injunção, objeto do trabalho realizado, possa ter a eficiência que, também,

é um dos maiores escopos da Lei Maior (*ex vi* do que contido nos artigos 5º, inciso LXXVIII, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal).

3 HERMENÊUTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL FILOSÓFICA – CONCRETIZAÇÃO E NÃO ATIVISMO

Com esteio nos estudos de Lenio Streck¹³⁶, apoiado no pensamento (principalmente) de Heidegger e de Gadamer, expomos neste trabalho o conceito que absorvemos acerca da hermenêutica jurídico-constitucional de cariz filosófico, dentro do que ele (Streck) chama de crítica hermenêutica do direito.

Ela busca romper com o pensamento jurídico-dogmático clássico, em parte demonstrado na primeira seção deste trabalho, onde a hermenêutica proposta à aplicação do Direito era voltada à relação sujeito-objeto. Demonstra não ser possível sustentar que o fenômeno e o conhecimento jurídicos possa se dar afastado da Constituição Federal e da realidade dos fatos no mundo social, plano da existência do ser, local da compreensão, da contemplação e da diferença ontológica, que evidencia a ocorrência do giro linguístico e propicia a atribuição de sentido ao texto da lei, fazendo evidenciar a norma.

Com as revoluções burguesas (americana e francesa, principalmente a última, de 1789) ou até um pouco antes, com a *Rule of Law* inglesa, que marcou o confronto entre a Coroa e o Parlamento, cabendo aqui relembrar, quando menos, as doutrinas da separação dos poderes de Aristóteles, John Locke e Montesquieu, adveio o embrião do pensamento jurídico ocidental moderno de liberdade do homem. Pensamento adotado em contraposição ao absolutismo, visando garantir a existência de um Estado mínimo, desvinculado da sociedade.

Nos séculos XIX e XX o referido pensamento jurídico evoluiu e passou a sustentar a inexistência de separação entre Estado e sociedade. O direito, nessa linha, passou a estar intimamente ligado ao fenômeno social.

Mas, direitos sociais, além de previstos devem ser concretizados. Só assim é atingida e mantida uma ordem social justa e adequada.

A evolução do pensamento jurídico-constitucionalista pós-revoluções burguesas do século XVIII e industrial dos séculos XVIII ao XX foi acentuada, principalmente nos pós-guerras do século XX. Adveio o entendimento de que o Estado, no afã de garantir os direitos fundamentais dos homens, incluindo os direitos sociais, que sustentam o bem estar coletivo, devia adotar prática intervencionista e de concretização. Aceno claro neste sentido se deu, dentre outros, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, pela Organização das Nações Unidas. E com a política americana do *Welfare State*.

¹³⁶ Streck, Lenio Luiz – Jurisdição constitucional e decisão jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

No Brasil o fenômeno restou reconhecido apenas na Constituição de 1988, décadas depois (modernidade tardia) do que vinha ocorrendo na maioria das nações desenvolvidas.

O Estado mínimo cedeu lugar ao Estado regulatório, e, pela característica programática da Constituição de 1988, instituidor de políticas públicas e prestador de serviços que assegurem a isonomia e a tão propalada dignidade da pessoa humana, conferindo aos cidadãos direitos e liberdades fundamentais, além de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, junto com remédios jurídico-constitucionais para vindica-los.

Tornou-se obrigação do Estado, então, garantir que os brasileiros pudessem gozar da liberdade de forma ampla. Sendo que, para isto, era necessário garantir, também, a “isonomia no ponto de partida”, que só tem lugar, efetivamente, quando todos os cidadãos têm acesso a elementos básicos como alimentação, saúde, segurança, educação, trabalho, previdência, meio ambiente equilibrado etc.

Tornou-se obrigação do Estado, ainda, garantir que o acesso aos referidos direitos se desse em detrimento de quaisquer privilégios que a liberdade de iniciativa e de concorrência (esteios do capitalismo) pudessem desencadear, sobretudo quando considerado que a estratificação social e as diferenças regionais, étnicas, de raça, sexo, idade etc, reinantes na sociedade brasileira desde a colônia, eram obstáculos à igualdade de oportunidades (no ponto de partida).

A função de legislar, no sentido contemporâneo da Constituição de 1988, passou a não poder mais se limitar à edição de normas gerais que exprimissem valores permanentes da sociedade. A função de concretização do Estado passou a obriga-lo a legislar em função de situações concretas e determinadas, permanentes ou transitórias, com características específicas e peculiares. Leis que não se ajustavam ao velho espírito de lei dos tempos passados.

O aumento da função estatal gerou a necessidade, natural, de crescimento da produção legislativa, que impõe maior grau de dificuldade ao parlamento. Sem esquecer que as medidas de intervenção no domínio social reclamam, na grande maioria das vezes, celeridade e conhecimento técnico, incompatíveis com o processo legislativo tradicional.

Fatores que, no cenário de um presidencialismo que necessita da coalizão, nem sempre obtida, e que, na grande maioria das vezes, é alcançada por meio de trocas de favores, culminam na instalação de crises institucionais, passando a ser crescente a atuação do poder executivo na esfera legislativa (medidas provisórias, decretos etc) e a judicialização da política. Com matérias e conflitos que o sistema de freios e contrapesos não consegue solucionar sem a revolução proposta no paradigma de compreensão do Direito.

Se na modernidade tardia executivo e legislativo não conseguem ser o instrumento de concretização do bem estar geral, da coletividade e da cidadania,

e acabam descumprimento os mandamentos da Constituição Federal de 1988 em relação aos direitos, liberdades e prerrogativas que, à isonomia e à dignidade da pessoa humana, têm o dever de instituir (regulamentar em lei, estipular em orçamento etc), o judiciário, guardião da higidez do texto constitucional, tem o dever de reconhecer a mora dos referidos poderes e de suprir-lhes a falta, tornando concreto o bem da vida que a Constituição Federal certificou ao cidadão.

Ronald Dworkin¹³⁷ sustenta, nesta linha de raciocínio, tratando sobre direitos fundamentais, sobretudo o de minorias, que:

[...] Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los. [...]

[...] Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2005, p. 31-32)

A correta compreensão do fenômeno jurídico é, assim, o primeiro e paradigmático obstáculo a ser enfrentado afim de que o judiciário brasileiro, que ainda claudica no enfrentamento dos remédios heróicos que visam a concretização de direitos, liberdades e prerrogativas dos cidadãos, como o mandado de injunção em situações de mora do legislativo ou do executivo em regulamentá-los, possa deixar de lado os aparentes entraves à sua ação concretizadora. É preciso que todos os componentes de uma relação jurídica (especialmente a pública) entendam que a concretização de direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais é dever do Estado. E que se os poderes legislativo e executivo falham no seu cumprimento a implementação pelo Judiciário, antes de configurar ativismo judicial pernicioso ao sistema de separação de poderes, é cumprimento do referido dever estatal.

Em outras palavras, é na implementação de direitos, liberdades e prerrogativas dos cidadãos, expressamente previstos na Constituição Federal, que a Lei Maior garante ao poder judiciário o papel de legislador positivo, com a ressalva de que isto é feito apenas enquanto o poder legislativo ou o executivo, em mora constitucional, cumprem com a sua obrigação.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Pensar de modo diverso é deturpar a linguagem do texto constitucional que é por demais claro. É o que Lênio Streck¹³⁸ chama de crise da baixa constitucionalidade, que, infelizmente, está instalada no pensamento jurídico dos juízes, dos desembargadores, dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, fruto da tradição que decorre do positivismo exegético ou mesmo do normativista clássico, baseados na relação “sujeito-objeto”. E que está instalada (crise), ainda, na base da formação científica dos operadores do direito (advogados, promotores etc) em razão de programas de graduação e de pós-graduação apegados a velhos manuais, que dão mais ênfase ao direito infraconstitucional que à Constituição da República.

A hermenêutica do direito de cariz filosófico, que não abre espaço a criações que causam invasão de um poder em outro (pernicioso à democracia), parte da existência de um ordenamento jurídico integrado, coeso, onde os princípios expressos e compreendidos a partir da Constituição de 1988 devem atuar como pilares e base, fechando o cerco ao subjetivismo. Não há, nessa conjuntura, antinomia ou lacuna de lei infraconstitucional que não sejam supridas a partir dela (hermenêutica jurídico-constitucional filosófica), baseada no fenômeno jurídico-social (virada linguística e diferença ontológica) e não em compreensão dita racional, a *posteriori* ou a *priori*.

Lenio Luiz Streck¹³⁹, na sua obra, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, a este respeito propõe:

[...] A hermenêutica que proponho – desde a *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, (agora já em sua 10ª edição) até *Verdade e consenso* (já em 4ª edição) – é esse modelo de conhecimento que tem a tarefa de tornar visível o *habitus* que domina a interpretação/aplicação do direito. Sua tarefa também é a de denunciar – constantemente – a tradição inautêntica (no sentido que Gadamer dá a essa palavra) do direito. Essa tradição inautêntica (que equipara vigência e validade, texto e norma, e que se sustenta em raciocínios subsuntivos e dedutivistas) está fundamentada em uma espécie de positividade ôntica, mediante a constituição de uma dimensão antepredicativa para o direito, obstaculizando, desse modo, a verdade ontológica, que somente ocorre quando a verdade ôntica adquire um sentido, um sentido de ser-no-mundo (o ser-no-mundo é que diferencia a verdade ôntica da verdade ontológica). [...]

No contexto proposto a Constituição de 1988 deve ser entendida como instrumento de transformação da realidade social. Deve conformar o direito infraconstitucional rompendo com o paradigma do direito clássico, que se encontra arraigado em grande parte da legislação ordinária, podendo ser citados,

¹³⁸ Streck, Lenio Luiz – *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹³⁹ Streck, Lenio Luiz – *Op. Cit.*, p. 227.

em resumo do que leciona Streck¹⁴⁰, os seguintes exemplos: a) do Código de Processo Civil, onde se apura respostas mais enérgicas nas ações reais – propriedade – do que naquelas de direitos pessoais; b) do Código Penal, que pune com maior rigor delitos contra a propriedade do que contra a integridade física; c) do Direito Administrativo, que traz a supremacia do interesse público sobre o privado, sem, no entanto, promover a cisão dele em interesse do qual o Estado é titular e interesse social (sociedade).

4 MANDADO DE INJUNÇÃO

Depois de estudarmos as influências, mal recebidas pelo nosso direito, das principais teorias jurídico-filosóficas que estiveram e estão em voga no mundo jurídico, as falhas no desenvolvimento do nosso constitucionalismo, e de termos entendido que a concreção de direitos e liberdades fundamentais, e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, constituem dever do Estado, em relação ao qual o Judiciário também (e principalmente, como guardião do texto constitucional) é chamado ao cumprimento, passaremos à compreensão, nesta seção e em suas divisões, dos pormenores do mandado de injunção na lei, na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

O intuito é o de maior familiarização com o remédio heróico pela compreensão da sua importância na concretização dos referidos direitos e liberdades fundamentais, e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

4.1 Origens e Regulamentação

Dividindo o histórico do constitucionalismo em três fases, a do Estado Liberal (final do século XVIII – Revoluções Burguesas – Estado age apenas segundo a lei e o povo é livre com as ressalvas dela), a do Estado Social (século XIX – Estado provedor – para garantir a divisão das riquezas produzidas), e a do Estado Democrático, Social e de Direito (Pós 2ª Guerra – Participação Direta do Indivíduo – remédios constitucionais), e aliando a última fase as correntes filosóficas do pós-positivismo (força normativa da constituição – disseminação da jurisdição constitucional), não é incorreto afirmar que o Mandado de Injunção, instituto novo concebido pela Constituição Federal de 1988, tem suas raízes na evolução das três fases. E, mais precisamente, na última, onde o controle de constitucionalidade, pela faceta intervencionista-democrática, passou a considerar a omissão como forma de descumprimento das promessas realizadas nos princípios e valores estatuídos na Lei Maior.

¹⁴⁰ Streck, Lenio Luiz – Jurisdição constitucional e decisão jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

O mandado de injunção foi criado como instrumento/remédio ao suprimento das lacunas na regulamentação, pelos Poderes Legislativo e Executivo e/ou autoridades ou órgãos a eles vinculados, das regras de eficácia limitada existentes na Constituição Federal, que, por suas vezes, estabelecem direitos e liberdades fundamentais, além de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O remédio é, hoje, regulamentado pela Lei n. 13.300/2016. Mas, antes do mencionado diploma tinha por norte procedimental o Processo Civil e as regras aplicadas ao Mandado de Segurança.

O seu *viés* de proteção coletiva adveio da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao longo dos tempos, desde a implementação do remédio pela Constituição Federal de 1988 até a sua sedimentação, com a edição da Lei n. 13.300/2016 (art. 12 – coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria).

O remédio heróico aludido é uma forma de controle da constitucionalidade por via incidental, logo, controle difuso e não direto (concentrado). Ação ou remédio para tutelar direitos subjetivos constitucionais, mitigados ou inviabilizados pela inércia do Poder Público, total ou parcial.

4.2 Âmbito de Incidência e Limites do Mandado de Injunção

Sobre a incidência do mandado de injunção, parafraseando Renata de Marins Jaber Maneiro¹⁴¹, existem 5 (cinco) correntes doutrinárias atuantes, a saber:

a) Teoria da Subsidiariedade: defende a incidência do mandado de injunção para que haja declaração da inconstitucionalidade por omissão, com o reconhecimento da mora legislativa por parte do poder executivo, legislativo, órgão, entidade ou autoridade a ele vinculado, direta ou indiretamente, com a consequente cientificação dele (poder, órgão, entidade ou autoridade) para que promova a conduta faltosa. A teoria em questão não é concretizadora. A partir dela pouca diferença existiria entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal

¹⁴¹ MANEIRO, Renata de Marins Jaber. Judicialização da Política no Tocante ao Mandado de Injunção: Protagonismo Judicial e Sociedade Moderna – Artigo apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Público e Evolução Social da UNESA – Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro. Disponível (acesso em 31/7/2023) em: <https://www.google.com.br/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJahcKEwjwwumo2LmAAxUAAAAAHQAAAAAQAw&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dd1dc45410ca4949b&psig=AOvVaw0poqCg0jS8RvRCjEX8C8IF&ust=1690918479370942&opi=89978449>

no julgamento do MI-QO n. 107-3/DF¹⁴² (1989), em caso envolvendo a transferência de militar da ativa à inatividade (artigo 42, §9º, CF), onde o judiciário decidiu pela autoaplicabilidade do mandado de injunção, que não dependeria de norma regulamentadora para ser utilizado, mas, que a sua consequência seria a notificação do responsável pela mora.

b) Teoria da Resolutividade: o mandado de injunção teria lugar, nos mesmos moldes, com incidência, porém, para suprimento da lacuna legal com efeito *inter parts*, mediante sentença aditiva. Ela foi adotada, por exemplo, no julgamento do MI n. 721-7/STF¹⁴³ (2007) – em caso envolvendo a pretensão de aposentadoria especial de servidor público – artigo 40, §4º, da Constituição Federal. A postura de concretização foi adotada determinando-se a aplicação do artigo 57, §1º, da Lei n. 8.213/91 – Regime Geral da Previdência – para garantir o exercício do direito subjetivo obstaculizado.

Flávia Piovesan¹⁴⁴, adepta da teoria, registra:

A decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Em outras palavras, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teologia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas, como já analisado quando do exame da primeira corrente interpretativa (2003, p. 158).

c) Teoria da Independência Jurisdicional: o mandado de injunção teria lugar para suprimento da lacuna legal com efeito *erga omnes*, mediante sentença aditiva com normatividade abstrata e geral. Ela foi adotada, por exemplo, no julgamento do MI 670-9/ES¹⁴⁵ (2007), do MI 708-0/DF¹⁴⁶ (2007) e do MI 712-8/PA (2007)¹⁴⁷ – que tinham por objeto o que disposto no artigo 37, VII, da Constituição Federal, inerente ao direito de greve dos servidores públicos. A postura de concretização foi adotada determinando-se a aplicação das Leis n. 7701/88 e 7.783//89, que disciplinam o direito de greve dos trabalhadores em geral, até que a mora legislativa fosse sanada.

¹⁴² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 107-3/DF. Relator Ministro Moreira Alves.

¹⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 721-7/DF. Relator Ministro Marco Aurélio.

¹⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev. atua. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 670-9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes.

¹⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 712-8/PA. Relator Ministro Eros Grau.

Piovesan¹⁴⁸ critica: “atribuir ao Poder Judiciário a elaboração de normatividade geral e abstrata implica em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica e própria do Poder Legislativo” (2003, p. 149).

Não concordamos com a crítica, conforme expusemos na seção anterior.

d) Teoria Mista Menor: o mandado de injunção teria lugar para suprimento da lacuna legal, notificação do responsável pela mora e implementação do direito subjetivo com efeito *inter parts*, sob condição suspensiva. A sentença seria declaratória e constitutiva, sob condição. A teoria foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento do MI n. 232-1/RJ¹⁴⁹ (1992), que tinha por objeto direito a isenção de contribuição social com base no artigo 195, §7º, da Constituição Federal. Foi reconhecida e declarada a mora com imposição, ao congresso nacional, da obrigação de supri-la no prazo de 6 (seis) meses, findo o qual, ausente o suprimento, o titular do direito subjetivo obstaculizado passaria a gozar da isenção. E no julgamento do MI n. 283-5/DF¹⁵⁰ (1991), que tinha por objeto o direito de reparação econômica ao militar impedido de exercer, na vida civil, atividade profissional específica em decorrência de Portarias do Ministério da Aeronáutica, com base no artigo 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. Foi reconhecida e declarada a mora e fixou-se o prazo de 45 dias, mais 15 dias da sanção presidencial, para que ela fosse purgada, sob pena de o interessado no direito subjetivo poder acionar a Justiça Federal para obtenção de sentença líquida da sua pretensão.

e) Teoria Mista Maior: o mandado de injunção teria lugar para suprimento da lacuna legal com efeito *erga omnes* ou não, a depender da repercussão do caso. A sentença seria declaratória e constitutiva ou não, a depender do caso concreto.

Hachem¹⁵¹, neste rumo, diz: “À decisão prolatada no mandado de injunção, por conseguinte, podem ser emprestados os efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, variando conforme as exigências concretas das situações de direito material” (2012, p. 179).

O que nos parece curial nos efeitos da decisão no mandado de injunção é que, contendo o objeto dele uma pretensão de exercitar direito subjetivo, porém de uma coletividade indeterminada ou de componente de grupo ou classe,

¹⁴⁸ Ob. Cit., pág. 149.

¹⁴⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 232-1/RJ. Relator Ministro Moreira Alves.

¹⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 283-5/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

salutar que no seu julgamento não se viole o Princípio da Isonomia. É preciso que não seja permitido que direitos dentro de uma mesma relação jurídica base sejam solucionados de forma diversa pelo judiciário.

A Lei n. 13.300/2016¹⁵², no artigo 8º, I e II, trouxe postura própria (simbiose, porém, das teorias estudadas). A injunção, segundo a lei, é conferida tanto “para determinar prazo razoável para que o impetrado elabore a norma regulamentadora” quanto para “elencar as condições em que se dará o exercício de direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados”. Ou, ainda, para “estabelecer as condições em que poderá o interessado promover a ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

4.3 Objeto do Mandado de Injunção

Ao começarmos este tópico deixamos claro nosso entendimento no sentido de que, os direitos e liberdades fundamentais e as prerrogativas inerentes à soberania, nacionalidade e cidadania, que consideramos tuteláveis por via do mandado de injunção individual ou coletivo para que o Estado, pelo judiciário, cumpra o seu dever constitucional de concreção, são aqueles estabelecidos na Constituição Federal do início dela até o final do Título II (direitos e garantias fundamentais, direitos sociais, da nacionalidade e políticos).

Mas existem algumas correntes doutrinárias acerca da questão. E acerca delas, parafraseando Renata de Marins Jaber Maneiro¹⁵³, julgamos necessário reportar. Até porque, como será visto, não estamos com a maioria neste tocante (nos situamos em posição intermediária):

a) Corrente Restritiva: defende que o mandado de injunção se aplica apenas à tutela de direitos da nacionalidade e/ou da cidadania. Dentre os que assim defendem estão, por exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵⁴, que sustenta

¹⁵² BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União: 24.6.2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 31 julho 2023.

¹⁵³ MANEIRO, Renata de Marins Jaber. Judicialização da Política no Tocante ao Mandado de Injunção: Protagonismo Judicial e Sociedade Moderna – Artigo apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Público e Evolução Social da UNESA – Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro. Disponível (acesso em 31/7/2023) em: <https://www.google.com.br/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJahcKEwjwwumo2LmAAxUAAAAAHQAAAQAAw&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dd1dc45410ca4949b&psig=AOvVaw0poqCg0jS8RvRCjEX8C8IF&ust=1690918479370942&opi=89978449>

¹⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 40ª ed., 2016, p. 356.

que a Carta Magna especificou o objeto da tutela injuncional expressamente (parte final do inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal), afastando, ainda, a incidência de direitos sociais.

b) Corrente Intermediária: defende que outros direitos constitucionais, como os sociais e políticos, podem ser objeto do mandado de injunção. Dentre os que defendem a referida corrente está Calmon de Passos¹⁵⁵, ao sustentar que outros direitos e liberdades fundamentais não previstos no artigo 5º da Lei Fundamental podem ser objeto da proteção injuntiva, tais como os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos referentes a soberania popular, previstos no Título II da constituição.

c) Corrente Ampla: para ela o mandado de injunção se aplicaria à proteção de quaisquer direitos constitucionais. Adota esta corrente Celso Agrícola Barbi¹⁵⁶, que sustenta que a menção à nacionalidade, cidadania e soberania é apenas exemplificativa.

O Supremo Tribunal Federal também adota entendimento na linha da corrente ampla, podendo ser citado, novamente, o caso do julgamento do MI-QO n. 107/3/DF (1989), onde, em trecho do voto do relator, Ministro Moreira Alves, assim restou consignado:

[...] Em face do disposto no artigo 5º, inciso LXXI, têm se que goza de legitimação ativa para valer-se do mandado de injunção aquele a que for outorgado direito ou liberdade constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas cujo exercício é inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Já aqui surgem dois problemas: **a quais direitos ou liberdades constitucionais se refere esse inciso?** A que soberania ele alude? No tocante a primeira dessas questões, tem havido **divergências na doutrina quanto a extensão desses direitos e garantias**: vai-se desde a sua restrição aos direitos e garantias estabelecidos no artigo 5º até a sua extensão máxima, ou seja, quaisquer direitos ou garantias outorgados pelo texto constitucional; e há ainda quem adote posição intermediária: o mandado de injunção, no concernente a direitos e garantias, abrangeria os do artigo 5º, bem como os direitos sociais previstos no capítulo II desse mesmo título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”). **A meu ver, não vejo razão suficiente para restringir os termos literais do inciso LXXI do artigo 5º, da Constituição – “direitos e liberdades constitucionais” –, certo como é que a mesma razão que justifica a concessão de mandado de injunção aos direitos e garantias previstos no artigo 5º. Existe com relação a outros direitos e garantias constitucionais (inclusive sociais) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora.**¹⁵⁷

¹⁵⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data – Constituição e Processo. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 110.

¹⁵⁶ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Injunção. Revista de Processo, n. 61. Ano 16 – janeiro-março de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 61.

¹⁵⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. 107-3/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Voto do Relator, p. 32.

d) Corrente Amplíssima: defende ser tutelável por via do mandado de injunção todo direito fundamental previsto constitucionalmente, assim como aqueles decorrentes da lei infraconstitucional, desde que ela tenha por conteúdo matéria constitucional. Defendem a referida corrente, dentre outros, Guilherme de Siqueira Castro e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira¹⁵⁸:

[...] A corrente amplíssima tem lógica, na medida em que existem normas materialmente constitucionais que podem não estar inseridas na Constituição Federal. A despeito da nossa lei fundamental ser um exemplo clássico de Constituição rígida, a classificação doutrinária que divide as normas em materialmente constitucionais e formalmente constitucionais é importante [...]

A Lei n. 13.300/2016 traz, no artigo 2º, ainda, a hipótese de aplicabilidade da injunção frente à norma insuficiente e/ou parcialmente omissa, o que pode ser considerado tanto com relação àquela que atinge a todos, mas, não regulamenta o direito à saciedade, quanto em relação àquela que atinge parcela dos cidadãos com iguais pretensões, mas, deixa parte de fora da cobertura de direitos.

Aproveitamos a deixa do parágrafo anterior para trazermos a lume que o Supremo Tribunal Federal, no nosso entendimento, agiu incorretamente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de n. 30/DF¹⁵⁹ (2020). O Procurador Geral da República buscava a declaração de inconstitucionalidade parcial da lei que previa a isenção de IPI a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda ou autistas, diretamente ou por seus representantes legais. O pleno do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Min. Dias Tófoli, reconheceu e declarou a inconstitucionalidade por omissão da Lei n. 8.089/95, determinando-se a aplicação de seu artigo 1º, IV, com a redação dada pela Lei n. 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurasse a omissão legislativa, estabelecendo o prazo de 18 meses, a contar da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adotasse medidas para suprir a omissão legislativa.

Conquanto a Lei n. 12.063/2009, que acrescentou capítulo próprio à Lei n. 9.868/99 para tratar da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, tenha trazido a possibilidade de ela ser proposta em caso de omissão inconstitucional parcial, a última (artigo 12-B, I) tem, ao nosso sentir, que tratar de omissão objetiva e não relativa. Significa dizer que, havendo direito certificado constitucionalmente e mora legislativa em relação à sua regulamentação, se a mora for parcial e objetiva, ou seja, tiver regulamentado o direito de forma uni-

¹⁵⁸ CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Mandado de Injunção de acordo com a Lei 13.300/2016 – Salvador: JusPODIVM, 2016.

¹⁵⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADO n. 30/DF. Relator Ministro Dias Toffoli.

forme a todos os cidadãos, porém com regulamentação falha, que não observou a integral extensão do direito certificado, cabe ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão pelos seus legitimados. Mas, sendo a inconstitucionalidade relativa, ou seja, se certa parcela dos cidadãos não puder exercer o direito por obstáculo (mora legislativa parcial relativa), o remédio cabível é o mandado de injunção.

4.4 Legitimidade Ativa no Mandado de Injunção

A legitimidade ativa no Mandado de Injunção é do titular do direito (pessoa natural ou jurídica) violado pela inexistência ou insuficiência da norma regulamentadora (art. 3º, 1ª parte, da Lei n. 13.300/2016). Ou, no caso do MI Coletivo: a) do MP, “quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis”; b) de partido político com representação no Congresso Nacional, “para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária”; c) de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, “para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”, e; d) da Defensoria Pública, “quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CF” (artigo 12, Lei n. 13.300/2016).

Não nos parece haver dúvidas que reclamem maior atenção quanto ao objeto deste tópico. Registramos apenas, à guisa de complementação, que na legitimação do partido político com representação no congresso, do sindicato, da entidade de classe ou da associação, há de estar presente interesse vinculado (nexo de causalidade) aos fins do partido, do sindicato, da entidade ou associação.

4.5 Legitimidade Passiva ao Mandado de Injunção e Competência

A legitimidade passiva ao mandado de injunção é, segundo a Lei n. 13.300/2016, do poder, do órgão ou da autoridade que detenha a atribuição para elaborar a norma regulamentadora (artigo 3º, 2ª parte).

Não nos parece, também aqui, exista maior dificuldade a justificar o alongamento das nossas explicações, pelo que passaremos a discorrer sobre a competência à apreciação do mandado de injunção.

O Mandado de Injunção é, por regra, apreciado perante os tribunais superiores. Dividimos a competência, então, da seguinte forma, consoante as disposições a respeito existentes na Constituição Federal¹⁶⁰:

a) competência do Supremo Tribunal Federal – artigo 102, I, “q”, e II, da Constituição Federal – se a norma regulamentadora em mora for de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

b) competência do Superior Tribunal de Justiça – artigo 105, I, “h”, da Constituição Federal – se a norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, e;

c) competência do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e da Justiça Federal: sendo residual a competência do Superior Tribunal de Justiça, aquela destinada aos tribunais superiores se dá em razão da matéria (STM – direito penal e processual penal militar – TSE – matéria eleitoral – TST – matéria afeta ao Direito do Trabalho) e a da Justiça Federal em razão da pessoa envolvida (União Federal).

O Superior Tribunal de Justiça, diferenciando a sua competência daquela imputada à Justiça Federal, adotou jurisprudência no sentido de julgar apenas os casos cuja mora seja debitada aos Ministros de Estado¹⁶¹ ou altas autoridades do Governo Federal¹⁶².

Compete a Justiça Federal, assim, julgar os casos onde a mora seja imputada a entidade ou órgão da administração direta ou indireta da União, como CADE, BACEN, IBAMA etc.

Mas é preciso dizer, ainda, para que não se peque pela omissão, que os Tribunais de Justiça e mesmo os Juízos Singulares, podem ser competentes à apreciação do mandado de injunção, o que se dará nos termos do que disposto no artigo 125, §1º, da Constituição Federal (organização da Justiça Comum pelos Estados), observada as regras de competências definidas pelos tribunais em

¹⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. LIBERAÇÃO DE RADIODIFUSORA COMUNITÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES. PRELIMINAR ACOLHIDA. 1. A teor do art. 87, § Único, II, da Constituição Federal, não se insere nas atribuições de Ministro de Estado a elaboração e expedição de norma ou decreto regulamentar. 2. Extinção do processo decretada, nos termos do art. 267, VI, do CPC (MI 135/DF, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 2/2/2000, DJ 22/5/2000, p. 61).

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MI n. 121/DF, Relator Ministro Nilson Naves.

suas Leis de Organização Judiciária, e considerado o Poder, Órgão ou Autoridade responsável pela omissão legislativa a nível Estadual e Municipal.

4.6 Efeitos da Sentença e do Recurso

A sentença no Mandado de Injunção em que for reconhecida a mora e deferida a injunção poderá tanto “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, quanto estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados” ou, se for o caso, “as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado” (art. 8º, I e II, da Lei n. 13.300/2016).

Tem, a princípio, “eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora” (artigo 9º, caput, da Lei n. 13.300/2016). Mas “poderá ser conferida eficácia *ultra* partes ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (art. 9º, §1º, da Lei n. 13.300/2016). Relevante destacar, ainda, que “transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”.

Sentença proferida em processo cível que é o Mandado de Injunção, ao qual se aplica, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil e da Lei de Mandado de Segurança, cabe recurso com efeito devolutivo à instância revisora, devendo ser observada a Constituição Federal (art. 102, II, “a”) no que tange a competência do Supremo Tribunal Federal (recurso ordinário contra decisão proferida em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória).

5 CONCLUSÃO

A influência das teorias do direito na história jurídica do Brasil, a base social oligárquica, o constitucionalismo sem base teórica prévia e a necessidade de submissão aos valores da modernidade abraçados pelo Direito, conduzem à necessidade de enfrentamento do estado de baixa constitucionalidade pela aplicação da hermenêutica jurídico-constitucional de cariz filosófico, a fim de que direitos e liberdades fundamentais, e as prerrogativas da soberania, da cidadania e da nacionalidade, sejam alçados a ordem sumária de preferência, cuja concreção é prioridade de todos os poderes político do Estado, mormente, do judiciário, que o fará pela via do mandado de injunção e de outros remédios heróicos, justamente, em face da mora (descumprimento) dos outros dois poderes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA GREGORI TORRES, Vivian de; PEDREIRA, Ana Maria; CIBIM KALLAJIAN, Manuela. Mandado de Injunção: alcance prático da sua aplicação – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – COMPEDI – I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I – 1 : 2020 : Florianópolis, Brasil.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os Efeitos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 131-155, out./dez. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1490.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOCHENEK, Antônio César; PASSOS FERREIRA DE SOUZA, Wesley Wadim – Mandado de Injunção: origens, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir da Lei 13.300 de 2016 – Revista Internacional de Direito, Ano III, V, 2º Sem. 2017 – ISSN: 2183-6396 – Depósito Legal: 398849/15 – DOI: 10.19135/revista.consinter.00005.00.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 107-3/DF. Relator Ministro Moreira Alves.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 721-7DF. Relator Ministro Marco Aurélio.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 670-9/ES. Relator Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 708-0/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 712-8/PA. Relator Ministro Eros Grau.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 232-1/RJ. Relator Ministro Moreira Alves.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI n. 283-5/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União: 24.6.2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 31 julho 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Min. 107-3/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Voto do Relator, p. 32.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADO n. 30/DF. Relator Ministro Dias Toffoli.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MI 135/DF, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 2/2/2000, DJ 22/5/2000, p. 61.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MI n. 121/DF, Relator Ministro Nilson Naves.

BUENO, Eduardo – BRASIL: uma história: cinco séculos de um país em construção – Rio de Janeiro: Leya, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data – Constituição e Processo. Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 110.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole Naiara. Mandado de Injunção: considerações sobre a Lei 13.300/2016. *Revista de Processo* | vol. 273/2017 | p. 287 – 322 | Nov / 2017. DTR\2017\6548.

CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Mandado de Injunção de acordo com a Lei 13.300/2016 – Salvador: JusPODIVM, 2016.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Injunção. *Revista de Processo*, n. 61. Ano 16 – janeiro-março de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 61.

CHAVES, Antônio. 2000. Formação histórica do direito civil brasileiro. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 95, 64. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67456>.

- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves; SIQUEIRA DE CASTRO, Guilherme. Mandado de Injunção. 1ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. 176p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva 40ª ed., 2016, p. 356.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Dimensão Processual dos Direitos Fundamentais e da Constituição. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998, p. 13-22.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3.ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MANEIRO, Renata de Marins Jaber. Judicialização da Política no Tocante ao Mandado de Injunção: Protagonismo Judicial e Sociedade Moderna – Artigo apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Público e Evolução Social da UNESA – Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro. Disponível (acesso em 31/7/2023) em: <https://www.google.com.br/url?sa=i&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CAIQw7AJahcKEwjwwmo2LmAAxUAAAAAHQAAAAAQAw&url=http%3A%2F%2Fwww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dd1dc45410ca4949b&psig=AOvVaw0poqCg0jS8RvRCjEX8C8lF&ust=1690918479370942&opi=89978449>
- MARTINEZ, Vinicius Carilho. As Teorias do Estado e a Modernidade Tardia. Revista Quaestio Juris, Vol. 6, n. 2, ISSN 1516-0351, p. 249-268.
- MEDEIROS FRANKLIN, Ana Cláudia de. A Construção Hermenêutica do Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal sob a Ótica do Princípio da Separação dos Poderes e do Ativismo Judicial. Revista Constituição e Garantia de Direitos, ISSN 1982-310X.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- Streck, Lenio Luiz – Jurisdição constitucional e decisão jurídica – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n.696, 1 jun. 2005.
- VANDRESEN, Thaís; PAVESI, Juliana. Decisão e Efeitos do Mandado de Injução. Revista da UNIFEBE, ISSN 2177-742X, Brusque, v. 1, n. 8, jan/jul. 2010, p. 99-111.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- VICENTINO, Cláudio/DORIGO, Gianpaolo – História do Brasil – São Paulo: Scipione, 1997
- VOLPE FILHO, Clovis Alberto; SCAPIM, Luciana de Oliveira. **Breves Considerações Sobre a Teoria Crítica do Direito**. Trabalho Acadêmico. Franca: Universidade de Franca, 2004.

CAPÍTULO VIII

A AÇÃO POPULAR E O CONTROLE DE VALIDADE DAS LEIS: ASPECTOS RELEVANTES

*Valter Sarro de Lima*¹⁶³

*Flávia Estante Toesca*¹⁶⁴

1 INTRODUÇÃO

Para fins didáticos, a doutrina costuma diferenciar o processo coletivo comum -- formado pelo microssistema da ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo -- e o processo coletivo especial -- que compreende as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A interação entre processo coletivo comum e processo coletivo especial suscita interessantes debates, notadamente para diferenciar o campo de atuação de cada qual.

Uma das questões apresentadas diz respeito ao cabimento ou não da ação popular visando à declaração de invalidade de uma lei.

Neste trabalho, através de pesquisa bibliográfica e documental, busca-se traçar a noção básica de interação desses sistemas e elucidar os principais aspectos envolvidos na questão apresentada.

¹⁶³ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Acadêmico do Programa de Iniciação Científica da Pós-Graduação da Universidade Paranaense (PIC-PG/UNIPAR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Juiz Federal Substituto no TRF da 4ª Região. Ex-Defensor Público Federal (2008-2017). sarrovalter@gmail.com.

¹⁶⁴ Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIPAR. Advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade Alfa Umuarama (UNIALFA). Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB de Umuarama/PR.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O controle de validade das leis constitui premissa fundamental do constitucionalismo contemporâneo, pois a primeira característica da norma constitucional é precisamente a sua posição hierárquica, assumindo superioridade em relação a todas as demais normas (Kelsen, 1998, p. 157-166). Para assegurar a supremacia da Constituição é que nasce o controle de constitucionalidade.

O controle difuso de constitucionalidade é aquele exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal no âmbito de sua competência, independentemente de sua posição na estrutura do Poder Judiciário, sem necessidade da propositura de ação própria. Também é chamado de controle incidental, porque a matéria constitucional não é o objeto principal da demanda, e sim uma questão antecedente à resolução do objeto. No controle difuso, o juiz não declara a inconstitucionalidade da norma na parte dispositiva da sentença, mas sim na fundamentação do *decisum*, enquanto questão incidental. Definida a interpretação constitucional, o juiz decidirá, a partir dela, o vencedor do processo. O controle difuso também é chamado de controle concreto, porque é aplicado em casos concretos colocados a julgamento do Poder Judiciário. Uma vez declarada a inconstitucionalidade, a sentença tem efeito exclusivamente entre as partes. A norma declarada inconstitucional continuará vigente e eficaz com relação a terceiros (Mendes; Branco, 2017, p. 1012-1015). A doutrina costuma apontar o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803, o principal marco histórico e nascedouro do controle difuso de constitucionalidade (Barroso, 2014, p. 258).

O controle concentrado de constitucionalidade, por seu turno, surgiu na Europa no Século XX, através dos estudos de Hans Kelsen, que introduziu o modelo concentrado na Constituição da Áustria de 1920. Partindo de uma perspectiva diversa daquela prevalente nos Estados Unidos, nascedouro do controle difuso, o controle concentrado é concebido como função constitucional de natureza legislativa-negativa, e não propriamente como atividade judicial. Para exercer o controle concentrado, cria-se um órgão específico, o Tribunal Constitucional, que é encarregado de exercer esse controle de maneira exclusiva, através de ações próprias, nas quais é discutida diretamente a validade da norma (Barroso, 2014, p. 18). O controle concentrado também é chamado de controle abstrato, porque nele o tribunal examina a validade da norma em tese, e não em uma demanda concreta entre pessoas identificadas, como ocorre no controle difuso. Uma vez julgada procedente a ação direta, a norma declarada inconstitucional será extirpada do ordenamento jurídico, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em julgamentos futuros (Moraes, 2017, p. 530-543).

No Brasil, o controle de constitucionalidade nasceu com o surgimento da República, através do Decreto nº 848 de 1890, outorgado pelo Governo Pro-

visório, logo depois repetido na Constituição de 1891, que adotou o modelo norte-americano de controle difuso, exercido por qualquer juiz no julgamento dos casos concretos. A inovação é atribuída a Ruy Barbosa, notório admirador dos Estados Unidos da América, que exerceu grande influência na configuração jurídico-política da República no Brasil. Prova disso é que o Estado concebido foi batizado de “Estados Unidos do Brasil” (Souza Neto, 2012, pp. 228-230).

Já o controle concentrado surgiu no Brasil em 1965, por força da Emenda Constitucional nº 16, que criou a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, cuja legitimidade ativa era deferida exclusivamente ao Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2014, p. 469).

Na Constituição de 1988 foi mantida a convivência dos dois modelos de controle. O concentrado é exercido através de ações específicas¹⁶⁵, promovidas por um rol taxativo de legitimados¹⁶⁶, tanto perante o Supremo Tribunal Federal – quando o parâmetro de controle for a Constituição Federal – como também nos Tribunais de Justiça dos Estados – quando o parâmetro for a Constituição do Estado.¹⁶⁷

3 A AÇÃO POPULAR

A ação popular foi a primeira ação coletiva do sistema jurídico brasileiro, isso não apenas considerando o microsistema de processo coletivo comum -- formado por ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo --, como também se considerado o sistema de processo coletivo especial --, compreendido pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque a Lei nº 4.717, que disciplina a ação popular, foi sancionada em 29 de junho de 1964, ao passo que a Emenda Constitucional nº 16, que introduziu o controle

¹⁶⁵ Ação Direta de Constitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta Interventiva (ADIn Interventiva – art. 36, III, CF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

¹⁶⁶ Constituição Federal: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁶⁷ Constituição Federal: Art. 125, § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

concentrado, é de 26 de novembro de 1965. A história da ação popular, entretanto, remete a tempos ainda mais remotos.

A Constituição Imperial de 1824 já previa uma “ação popular” em seu art. 157, ao dispor que “por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles a ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo proprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecido na lei”. Tratava-se de ação com caráter penal, visando à responsabilização criminal dos envolvidos em corrupção. A ação era movida por qualquer do povo e o julgamento cabia ao Imperador (Queiroz; Gomes Júnior, 2020. p. 265-288).

A Constituição Republicana de 1891 não previa a ação popular (Queiroz; Gomes Júnior, 2020. p. 265-288). Já a Constituição democrática de 1934, em seu art. 113, § 38, previa a ação popular, muito parecida com a atual, mas não chegou a ter aplicação prática em razão da sua efêmera vigência, sucedida que foi pela Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, cujo caráter autoritário excluiu a previsão desse importante instrumento de controle dos atos do Poder Público (Queiroz; Gomes Júnior, 2020. p. 265-288).

A Constituição de 1946, com a redemocratização, novamente prevê o cabimento da ação popular (art. 141, § 38), no que foi repetida pela Carta Militar outorgada em 1967/69 (art. 150, § 31). Logo após o Golpe de 1964, o Congresso aprova, e o Presidente sanciona, a Lei nº 4.717/65, que até hoje disciplina o procedimento da ação popular (Queiroz; Gomes Júnior, 2020. p. 265-288).

A Constituição de 1988 não apenas manteve o *status* constitucional da ação popular como ainda ampliou o seu objeto (Gomes Júnior, 2004), passando a admiti-la não apenas para impugnar atos lesivos ao patrimônio público material, como também os atos ofensivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII).

Para o cabimento da ação popular, a doutrina (Gomes Júnior; Ferreira; Chueiri, 2009. p. 181-193) e a jurisprudência¹⁶⁸ dominantes afirmam ser necessário o atendimento do binômio ilegalidade-lesividade. Ou seja, o ato impugnado deve ser ilegal e também lesivo. Se presente a ilegalidade, é possível pressupor a lesividade, já que no modelo atual, adotado na Carta de 1988, a lesão não precisa ser necessariamente um resultado material-naturalístico, afinal, além do patrimônio público, também são tutelados a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural¹⁶⁹. Esse entendimento, inclusive, foi consolidado em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal, que assentou a seguinte tese no Tema 836 da Repercussão Geral: “não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado

¹⁶⁸ AI 745203 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23-06-2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015.

¹⁶⁹ AI 561622 AgR, Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14-12-2010, DJe-072 DIVULG 14-04-2011 PUBLIC 15-04-2011 EMENT VOL-02504-01 PP-00121.

que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe”.

O contrário não é verdadeiro. O ato válido, ainda que lesivo ao erário, não poderá ser anulado pela via da ação popular. Isso porque “há certas opções políticas que ainda que lesivas são legais, não havendo a possibilidade de controle apenas sob o prisma econômico, isso sob pena de substituição dos critérios do administrador pelos do julgador” (Gomes Júnior; Ferreira; Chueiri, 2009. p. 181-193). De fato, constantemente o Poder Público é autorizado por Lei a despesar recursos orçamentários, causando decréscimo ao erário, em prol de outros interesses públicos relevantes e legalmente protegidos. Há exemplos históricos desse tipo de política pública. Em 1995, o Brasil socorreu instituições financeiras para evitar a quebra do sistema bancário¹⁷⁰. Em 2008, os Estados Unidos salvaram a bancos e empresas nacionais para evitar a quebra generalizada da economia (UOL, 2018). Em 2025, o Brasil ampliou as compras governamentais para adquirir a produção de exportadores atingidos por tarifaço estrangeiro (Presidência da República, 2025). São todos casos típicos de lesividade ao erário autorizada por lei, e imunes, portanto, à anulação através de ação popular.

No dia a dia forense, é bastante comum a propositura de ação popular contra atos administrativos em sentido estrito, assim compreendidos aqueles atos que decorrem de declaração unilateral do Estado ou de quem o represente, sob o regime jurídico de direito público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário (Di Pietro, 2014, p. 205). Não obstante o Poder Executivo tenha a atribuição precípua de exercer a função administrativa, o Legislativo e o Judiciário também a exercem, praticando atos administrativos, v. g. quando lançam uma licitação, quando contratam pessoal ou quando demitem um servidor. Em todos esses atos da Administração se afigura cabível o ajuizamento da ação popular, se presente o binômio ilegalidade-lesividade.

Mas, partindo para o cerne deste trabalho, a questão aqui apresentada é a seguinte: cabe ação popular para controlar a validade de uma lei?

4 A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE VALIDADE DA LEI

Quando se pensa no controle de validade da lei, costuma-se pensar no controle de constitucionalidade, consistente na fiscalização vertical da validade da norma através do contraste dessa norma com a Constituição. Por óbvio, em

¹⁷⁰ BRASÍLIA. Banco Central do Brasil. Cpdoc. **Dicionário de Verbetes**. Disponível em: <https://www18.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbetes-tematico/banco-central-1>. Acesso em: 31 out. 2025.

razão do princípio da hierarquia, o conflito se resolve em favor da norma constitucional (Bobbio, 2014, p. 93-98).

Há, entretanto, situação muito específica na qual será possível syndicar a validade de uma Lei através de ação popular, ou seja, em que o objeto principal da ação popular será o reconhecimento da nulidade da lei. Isso será possível, ressalte-se, ainda que o parâmetro de controle de validade seja a própria Constituição Federal. Trata-se da chamada lei de efeito concreto.

Entende-se como “lei” o ato normativo editado para inovar a ordem jurídica, criando direitos e impondo obrigações. No Brasil, via de regra, a criação da lei compete ao Poder Legislativo, embora excepcionalmente o Executivo possa inovar a ordem jurídica, através de medida provisória, sujeita à posterior aprovação do Congresso Nacional. Enquanto fonte formal do direito, as “leis”, em sentido amplo, são os atos catalogados no art. 59 da Constituição Federal: Emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções¹⁷¹.

Existem atos normativos que, embora dotados de generalidade e abstração, não são formalmente uma lei. Isso porque não são editados pelo Poder Legislativo no exercício do processo legislativo, e não são, portanto, fontes primárias do Direito. São atos normativos secundários, cujo fundamento de validade é uma outra norma, que por sua vez extrai a validade da Constituição. É o caso do Decreto Presidencial, que nada mais é do que um ato administrativo, porque emanado de autoridade pública no exercício da função administrativa, porém um ato normativo, porque dotado de generalidade e abstração, voltado que é a regulamentar situações indeterminadas. Não é, o Decreto Presidencial, lei em sentido formal, porque via de regra não tem o fundamento de validade extraído diretamente do texto constitucional (arts. 84, IV, e 87, II, da CF).

Na maioria dos casos, os atos normativos primários, que extraem a validade diretamente da Constituição, são sujeitos à revisão judicial através do controle de constitucionalidade, seja pela via do controle abstrato, seja pela via do controle difuso, conforme apresentado no capítulo inicial deste trabalho.

Na ação popular, como em qualquer processo subjetivo, é possível o controle difuso. O juiz pode, na ação popular, examinar a inconstitucionalidade de uma lei de maneira incidental, com efeito dessa decisão apenas no processo examinado¹⁷². A coisa julgada não terá como resultado prático a retirada da Lei

¹⁷¹ A “Resolução” a que se refere o art. 59 da Constituição é aquela espécie normativa utilizada pelo Poder Legislativo para tratar de assuntos de sua competência privativa e de interesse interno, que não se confunde com outros atos cognominados de “resolução”, editados por outros órgãos e poderes, por exemplo as agências reguladoras, o Conselho Nacional de Justiça, Tribunais etc, que são na verdade atos administrativos com caráter normativo, mas não são lei em sentido estrito.

¹⁷² REsp 958.550/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJe 24/4/2008.

do ordenamento jurídico, como ocorreria no controle concentrado, mas tão somente o afastamento da norma naquele julgamento específico.

Mas a pergunta colocada neste trabalho é outra: pode o juiz examinar, na ação popular, como questão principal, a invalidade de uma lei?

Se o ato legislativo contrastado for abstrato e genérico, não. Neste caso, não será cabível a ação popular, porque a hipótese atrai a via do controle concentrado de constitucionalidade. A ação popular deve ser extinta sem resolução do mérito, por ausência de legitimidade ativa e por inadequação da via eleita (art. 485, IV e VI, do CPC). Por outro lado, se o ato legislativo impugnado for uma lei de efeito concreto, destituída de abstração e generalidade, não apenas será cabível o manejo da ação popular como, via de regra, não será cabível acionar o controle concentrado (Mendes; Branco, 2017, p. 1065; ADI 647, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-3-1992, p. 3801).

Em suma, se é verdade que a ação popular não pode ser utilizada como alternativa à proposição da ação direta de inconstitucionalidade¹⁷³, também é verdade que o controle concentrado não será cabível quando a lei impugnada for uma lei de efeito concreto, a atrair o cabimento da ação popular.

Como diferenciar as hipóteses?

Norberto Bobbio, ao discorrer sobre a doutrina da generalidade e abstração das normas jurídicas, afirma que essa diferenciação é um tanto imprecisa, porque os autores geralmente não esclarecem se os dois termos são sinônimos, se são diferentes ou complementares. Bobbio conclui que a construção desses conceitos tem demonstrado muito mais um anseio sobre como as normas jurídicas deveriam ser -- dotadas de impessoalidade -- do que propriamente um juízo sobre como as normas jurídicas realmente são (Bobbio, 2014, p. 180-181). Gilmar Mendes e Gonet Branco (2017) -- referindo aos julgamentos da ADIn 2.980/DF -- observam que, apesar da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o não cabimento do controle abstrato contra normas de efeito concreto, os próprios Ministros divergem, por vezes, na análise de quando uma norma é ou não dotada desses predicados.

Mesmo na doutrina que prefere a divisão conceitual entre norma geral e norma individual, observa-se divergência semântica. Bobbio denomina norma geral aquela destinada a pessoas indeterminadas, em contraposição à norma singular, cujo destinatário é identificado (Mendes; Branco, 2017, 177-179). Já Kelsen (1986, p. 10-11) diferencia a norma geral e a individual, mas não a partir dos destinatários, como faz Bobbio, e sim sob a ótica da conduta esperada pelo ordenamento, afirmando que a norma será de caráter individual quando se tor-

¹⁷³ AO 1.725 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 24-2-2015, 1ª T, DJE de 11-3-2015; Vide Rcl 1.017, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 7-4-2005, P, DJ de 3-6-2005; ADI 769 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 22-4-1993, P, DJ de 8-4-1994.

nar individualmente obrigatória uma conduta única, e de caráter geral quando certa conduta é universalmente posta como devida.

Em termos pragmáticos, especialmente à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que a abstração diz respeito à aptidão da norma para regular situações hipotéticas ou apresentar valores. A generalidade, por seu turno, significa que a norma veicula comandos de fazer e de não fazer sem definir previamente os casos concretos futuros que pretende regular. A impessoalidade é igualmente importante, porque significa que os destinatários da norma são indeterminados, desconhecidos no momento da sua edição. O Estatuto dos Servidores Públicos é uma lei geral e abstrata, embora destinada a um grupo de pessoas, que são interligadas por uma relação jurídica-base (Rodrigues, 2016).

Essas três características apresentadas (abstração, generalidade e impessoalidade) todos os atos normativos têm, inclusive os atos normativos secundários -- que não estão catalogados no art. 59 da CF --, pois se tratam de características das normas. Já a autonomia diz respeito ao fundamento de validade. Considera-se autônoma, tão somente, a norma que extrai sua validade diretamente do texto constitucional, o que ocorre, via de regra, nas espécies legislativas do art. 59 da Constituição Federal (Rodrigues, 2016).

Não têm abstração e generalidade algumas leis que, a despeito da roupagem formal de uma “lei”, veiculam medidas materialmente administrativas, com objeto determinado e destinatários certos. São as leis de efeito concreto. Exemplos: lei que veicula a doação de um bem público a uma entidade privada; lei ou resolução do Poder Legislativo que susta uma licitação” (Barroso, 2014. p. 155); ou ainda, Lei que nomeia uma via pública ou um prédio público.

É bem verdade que o não cabimento da ação direta contra lei de efeito concreto já foi atenuado pelo Supremo Tribunal Federal, pontualmente, em relação a leis orçamentárias (Barroso, 2014. p. 155).

Ainda assim, deve-se afirmar que, em regra, não cabe ação direta contra leis de efeito concreto, porque desafiam a propositura da ação popular¹⁷⁴.

¹⁷⁴ “Inicialmente, o STF considerava inadmissível a propositura de ação direta de constitucionalidade contra norma orçamentária – conceito que abrange o PPA, LDO e LOA – sob o argumento de que se tratava de leis de efeito concreto. (...) A revisão da orientação jurisprudencial vem apenas com o julgamento de Medida Cautelar na ADI 4.048-DF, julgada em 17-4-2008. A ação fora proposta contra a Medida Provisória n. 405/2007, posteriormente, convertida na Lei n. 11.658/2008, que abriu crédito extraordinário em favor da Justiça Eleitoral e diversos órgãos do Poder Executivo. A abertura de crédito extraordinário teria sido autorizada fora das hipóteses do art. 167, § 3º, da Constituição, em despesas de custeio, o que justificaria a propositura de demanda e o deferimento da cautelar para suspender a vigência da Lei n. 11.658/2008. Em princípio, a decisão sugere uma possibilidade de revisão na orientação do STF, na medida em que supera os antigos fundamentos antes aplicados para se negar o controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias.

Na ação popular contra lei de efeito concreto, o juiz reconhecerá a invalidade da lei não apenas de maneira incidental. Ele o fará no exame da questão principal e decidirá sobre a validade da lei na parte dispositiva da sentença. Reconhecida a nulidade, a lei será anulada, recebendo todos os efeitos da coisa julgada material.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem precedentes que auxiliam a distinguir as situações.

A Corte já reconheceu o cabimento da ação popular visando invalidar a Resolução¹⁷⁵ de Câmara Municipal que fixava a remuneração dos vereadores, prefeito e vice-prefeito, para a mesma legislatura, em contrariedade ao art. 29, inciso V, da redação original da Constituição (atualmente inciso VI), que exige a antecedência de legislatura para a edição de lei nesta matéria¹⁷⁶.

Interessante notar que nesse precedente o parâmetro de controle de validade foi o próprio texto constitucional, ilustrando a sofisticação necessária para se diferenciar as hipóteses de ação popular e de ação de controle concentrado, pois o simples fato de o parâmetro ser a Constituição Federal não atrai, necessariamente, a via da ação direta.

Em outro precedente, o Supremo reconheceu o não cabimento de ação direta para questionar a fixação, por lei, do subsídio de deputados estaduais, porque apesar de formalmente vestida como “lei”, tratava-se na verdade de ato de ato de efeito concreto, com destinatários determinados, cujo controle deve ser feito através da ação popular¹⁷⁷.

O Superior Tribunal de Justiça já afirmou o não cabimento da ação popular para declarar a invalidade de lei municipal editada com violação à necessidade de audiência pública estabelecida na Constituição do Estado. Entendeu que a lei impugnada era dotada de generalidade e abstração, sem determinar, de maneira imediata, os efeitos materiais decorrentes da sua aplicação. Assim, o caminho para sindicá-la enquanto questão principal de uma demanda é o controle concentrado de constitucionalidade¹⁷⁸.

No julgamento da Medida Cautelar na ADI 4.048, ficou assentado que “O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade” (MENDES, BRANCO; Ob. Cit., p. 1271-1272).

¹⁷⁵ Resolução, aqui, enquanto ato normativo primário, previsto no art. 59 da Constituição Federal, e não como outras “Resoluções” que nada mais são do que regulamentos, como as editadas por uma autarquia.

¹⁷⁶ RE 206.889, rel. min. Carlos Velloso, j. 25-3-1997, 2ª T, DJ de 13-6-1997.

¹⁷⁷ ADI 769 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 22-4-1993, P, DJ de 8-4-1994.

¹⁷⁸ REsp n. 1.870.470/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 7/10/2020.

Em 2025, por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o cabimento de ação popular que atacava uma Lei Municipal que autorizava a denominação de prédio público com nome de pessoa viva¹⁷⁹. Neste caso, a sentença da 1ª Vara Cível de Atibaia havia extinguido a ação sem analisar o mérito, sob o entendimento de que o autor pediu, de modo implícito, a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, e que a ação popular não seria a via adequada para discutir a constitucionalidade de uma norma. Sem razão, a sentença, pois neste caso se trata de lei de efeito concreto.

Uma última questão se apresenta: a ação popular seria cabível antes de a lei de efeito concreto gerar o seu resultado?

No Tema 836 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal concluiu que “não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe”.

Assim, considera-se lesivo não apenas aquele ato que causa ou que já causou um resultado material-naturalístico imediato em prejuízo do erário, mas também aquele que, perfeito e acabado, poderá ensejar essa lesão. A Constituição permite o exercício do direito de ação não apenas na hipótese de lesão consumada a direito, mas também na hipótese de ameaça de lesão (art. 5º, XXXV).

Bem por isso, a doutrina tem defendido “uma análise abrangente de ato lesivo” (Almeida; Gomes Júnior; Cardoso, 2025), dizendo ser cabível a ação popular não apenas para a tutela desconstitutiva ou declaratória, mas também para a tutela mandamental (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 303), visando, por exemplo, a remoção do ilícito antes que ocorra o resultado. O direito de ação tem como pressuposto a utilidade, e em alguns casos, “por óbvio, de nenhuma utilidade será a providência desconstrutiva ou declaratória” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 303).

5 CONCLUSÕES

Excepcionalmente, a validade da lei poderá constituir o objeto principal da ação popular, isso quando se tratar de lei de efeito concreto, ou seja, de lei em sentido meramente formal, que embora catalogada no art. 59 da Constituição Federal, não tem a abstração e generalidade necessárias à configuração de lei em sentido material, confundindo-se com um ato administrativo.

¹⁷⁹ STF, ARE 1475103 – SP, Relator Min. LUIZ FUX, Julgamento em 27/10/2025.

O controle de validade da lei de efeito concreto pela via da ação popular é cabível mesmo se o parâmetro de controle for a Constituição Federal.

A ação popular pode ser proposta mesmo antes de consumir o resultado naturalístico lesivo ao erário, ao meio ambiente ou patrimônio histórico e cultural.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Natália Cilião de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CARDOSO, Kelly. A importância da diferenciação entre ação popular e ação ambiental. *RSD – Pesquisa, Sociedade e Desenvolvimento*, [S. l.], v. 11, pág. e2159119625, 2020. DOI: 10.33448/rsd-v9i11.9625. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/9625>. Acesso em: 20 jun. 2025.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BRASÍLIA. Banco Central do Brasil. Cpdoc. **Dicionário de Verbetes**. Disponível em: <https://www18.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbetes-tematico/banco-central-1>. Acesso em: 31 out. 2025.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 180-181.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular: aspectos polêmicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, coordenação. **Comentários à Lei da Ação Popular**: Lei n. 4.717/65. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Miriam Fecchio. O problema da natureza jurídica da lesividade na ação popular. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 170, 2009, p. 181-193.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.
- _____. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. (3a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- QUEIROZ, Lorrane; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 302, 2020, p. 265-288.
- RODRIGUES, João Mendes. **Direito Constitucional**. Curso Ênfase para Juiz Federal e Procurador da República. 01 fev. 2016, 31 dez. 2016. Notas de Aula.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, pp. 228-230.
- UOL (São Paulo). **Países reagiram à crise de 2008 injetando dinheiro em bancos e empresas**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/09/15/crise-financeira-de-2008-10-anos-reacao-paises.htm#:~:text=O%20resgate%20sinalizava%20em%20que,o%20governo%20tinha%20na%20empresa>. Acesso em: 31 out. 2025.

CAPÍTULO IX

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS COLETIVOS – UMA CONSTRUÇÃO NECESSÁRIA ¹⁸⁰

Paulo César Nunes da Silva ¹⁸¹
Samária França Maciel Zagretti ¹⁸²

1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

A partir de uma visão global e esquemática, o presente artigo, sem exaurir o tema, tem como fim precípua não só mostrar uma proposta “ainda” frustrada, de inovação legislativa, da nova Lei da Ação Civil Pública, constante do Projeto de Lei n. 5.139/2009, mas também o impacto positivo que a referida proposta pode causar no sistema processual brasileiro, principalmente em termos do Direito Processual Coletivo. Tal proposta, de autoria do Poder Executivo, atualmente encontra-se aguardando deliberação na Câmara dos Deputados.

Além da proposta acima citada, que tramita lentamente no Congresso Nacional, outros projetos de lei que visam instituir um Código de Direito Processual Coletivo no Brasil, a exemplo do Projeto de Lei nº 1.641, de 2021, que também busca disciplinar a ação civil pública, aplicando-se a referida lei a todas as ações para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, este projeto também está em tramitação na Câmara dos Deputados.

Além dos projetos citados, há discussões acadêmicas e propostas de anteprojetos, como o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Cole-

¹⁸⁰ Artigo publicado originalmente na Revista Jurídica da UNIGRAN, Vol. 21, Número 41, ISSN: 2178-4396.

¹⁸¹ Pós-Doutorando e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

¹⁸² Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR).

tivos, elaborado por especialistas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Tais iniciativas refletem a importância de consolidar e aprimorar a legislação processual coletiva no país, visando uma tutela mais eficaz dos direitos coletivos.

Portanto, a discussão proposta no presente artigo emerge ante a necessidade de se destacar a importância de uma série de propostas constantes dos Projetos de Lei, sobretudo a busca pela criação de uma tutela processual coletiva no Direito Pátrio, isso através da previsão expressa de uma série de princípios específicos em seu texto, os quais atualíssimos e sobre os quais se discorrerá adiante.

1.1 A Coletivização dos Direitos

Antes de tecer qualquer comentário acerca dos chamados direitos coletivos, ou até mesmo da coletivização dos direitos, necessário entender o nascedouro de tais conceitos.

Pode-se relegar tal meio de concepção das demandas jurídicas, as chamadas relações de massa, ocorridas a partir do êxodo rural havido no mundo, sobretudo na Europa, por ocasião da Revolução Industrial, o que elevou sobremaneira as demandas sociais coletivas, principalmente as de cunho laboral, mas até se chegar a esse ponto um longo caminho foi percorrido em termos de Direitos Humanos e/ou Fundamentais.

Percebe-se que os direitos humanos, ou fundamentais uma vez já inseridos na ordem jurídica nacional, foram se desenvolvendo através dos tempos, e para fins acadêmicos, os doutrinadores se utilizam do termo “gerações” ou “dimensões”, para melhor explicar tal evolução, de modo que hoje, observa-se três ou quatro etapas diferenciadas, dependendo o autor que se utilizar.

Vale ressaltar, conforme notícia de R.S. Pathak (2003. p. 61), que a noção de diferentes gerações de direitos humanos foi concebida por Karel Vasak, em Estrasburgo na França, no final da década de 70.

Os direitos relativos ao *status* negativo do Estado, direitos à liberdade, conhecidos como direitos de 1ª geração, são aos direitos civis e políticos do homem, que se opunham ao direito estatal.

Nessa categoria de direitos, a liberdade do indivíduo deveria ser resguardada face ao poder do Estado totalitarista, e ao mesmo tempo em que o cidadão necessitava participar desse poder. Despontaram no final do século XVII, trazendo uma limitação ao poder estatal, onde as prestações negativas impunham ao Estado uma obrigação de não fazer.

Com o advento da revolução industrial, o indivíduo abandonou a terra e passou a viver na cidade, enfrentando toda uma agitação decorrente do desenvolvimento tecnológico.

Os seres humanos passaram a participar de novos espaços, como a fábrica e os partidos políticos, ele começa a aspirar a um bem-estar material propiciado pela modernidade, desenvolvendo-se então, os direitos econômicos, culturais e sociais, assim como certos direitos coletivos, já que diferentes formas de Estado social foram introduzidas, sendo conhecidos como direitos de 2ª geração, que surgiram logo após a Primeira Grande Guerra Mundial.

Passou-se então a ser requerida uma maior participação do Estado, face ao reconhecimento de sua função social, através de prestações de cunho positivo, que visassem o bem-estar do homem, pois os direitos individuais não eram mais absolutos.

Encerrando o século XX, observou-se uma 3ª geração de direitos fundamentais, com a finalidade de tutelar o próprio gênero humano, direitos considerados transindividuais ou difusos, direitos estes de pessoas consideradas em sua coletividade, geração tal que inaugura a fase de demandas coletivas que merecem respostas hábeis da ordem jurídica.

Em face disso, necessário a tutela coletiva de direitos, consistente em uma atividade jurisdicional do Estado voltada à solução dos conflitos envolvendo direitos ou interesses coletivos em sentido amplo (Leonel, 2002, p. 17), de modo que cada elemento da jurisdição receba uma conotação diferenciada, para propiciar uma efetiva proteção dos direitos coletivos em sentido lato, potencializando assim, os instrumentos processuais destinados à defesa de tais interesses.

Neste terceiro estágio, a complexidade das relações sociais trouxe a consciência de que uma vida digna requer um cuidado com sua qualidade e com aspectos da coletividade, assim visualizada, de modo que o conceito de direitos humanos foi ampliado, dando origem aos direitos de solidariedade ou fraternidade, que compreendem, segundo o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Direitos Humanos Fundamentais, 2000) – o direito à paz, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade (Paim, 2003. p. 61).

São os chamados direitos de fraternidade, de solidariedade, traduzindo-se num meio ambiente equilibrado, no avanço tecnológico, numa vida tranquila, à autodeterminação dos povos, à comunicação e à paz.

Tudo isso evoluiu de tal forma, que os direitos fundamentais se veem nos dias de hoje cada vez mais presentes nos pactos e tratados internacionais, que gradativamente, conseguem se infiltrar aos direitos internos dos Estados que se prontificam perante toda a comunidade internacional a dignificar as condições de vida do homem, através do respeito aos seus direitos, independentemente de sua nacionalidade, raça, credo, idade, cor, sujeitando essa tutela unicamente à sua condição de homem.

Tais direitos têm a importante característica de não permitirem divisão, pois pertencem a todos em idêntico tempo e não admitem concessão a um ou a outro indivíduo de forma separada.

No final do milênio passado e no início desse novo milênio ora vivenciado, o comportamento dos homens vem sofrendo uma série de alterações, daí que começa a desabrochar a 4ª geração dos direitos fundamentais, com as clonagens, alimentos transgênicos, a informática, direito à informação, à democracia, ao pluralismo.

Apesar de se tratar de divisão meramente acadêmica, e pelo fato de certos direitos não se enquadram necessariamente em uma ou outra geração, ou tão somente a uma ou outra, mas as vezes em mais de uma geração, importando tão somente que se está diante da Era de Direitos, onde a resposta do Estado ante certas demandas necessariamente deverá existir.

Com isso, verifica-se que com o surgimento de demandas coletivamente visualizadas, ou no dizer de Luiz Manoel Gomes Junior (2005. p. 3), direitos (...) de natureza fluida, atribuindo-se sua titularidade a todo e qualquer cidadão, surge a necessidade de instrumentos para se obter a proteção de tais demandas, instrumentos estes que se pode chamar de tutela processual dos direitos coletivos.

Demarcado o paradigma existencial do chamado direito processual coletivo, ou até mesmo para os mais céticos, a simples tutela processual das demandas coletivas, ressalta-se que há um instrumento, talvez o mais importante, frequentemente utilizado no Direito Brasileiro, desde 1985, que é a ação civil pública.

A ação civil pública, que foi normatizada por Lei Nacional, é (foi) alvo de Projeto de Lei, que busca dar-lhe mais operacionalidade e utilidade, inclusive com a previsão de princípios explícitos em seu texto, e é justamente nesse ponto que se aprofundará este trabalho.

1.2 Princípios e Regras

Analisando-se o Sistema Jurídico dos Estados Democráticos de Direito, como o Brasil, denota-se que a norma jurídica é um gênero, cujas espécies pode-se citar, na teoria de Canotilho (2000, p. 1123), os princípios e as regras.

O conjunto de regras criadas pelo legislador com a finalidade de sistematizar e regulamentar as mais variadas matérias dentro do ordenamento jurídico são dotadas de princípios, gerando a necessidade de uma análise principiológica da legislação, porquanto em diversas ocasiões, ao elaborar a norma, o legislador estabelece princípios como regras, limitando a eficácia da norma a estes.

Princípios, por sua vez, são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção” (Ávila, 2007. p. 78-79).

Antagonicamente ao que ocorre com as regras, não há hierarquia entre os princípios, de maneira que quando estes se colidem, predomina aquele que me-

lhor se amolda à situação fática, de modo que um princípio não deixa de valer quando não for aplicado, pois noutra ocasião o direito poderá se valer dele.

Não se objetiva com o presente estudo, fazer uma discussão ontológica a respeito dos princípios e das regras, o intuito é justamente a discussão da principiologia prevista pelo legislador como fundamento da ação civil pública, e, via de consequência, o processo coletivo, vez que eles poderão ter o condão de alterar os rumos das ações coletivas.

Sendo os princípios o fundamento das regras, constituindo-se a base ou a razão das regras jurídicas, não se pode olvidar que princípios “com maior ou menor intensidade, ocorrem em todos os sistemas legislativos e servem para auxiliar na classificação e avaliação de cada um deles, indicando-nos os respectivos pressupostos doutrinários em que eles se alicerçam” (Silva. 2002, p. 46).

Por isso, torna-se evidente a necessidade de se debruçar sobre a matéria referente aos princípios que regem a ação civil pública, uma vez que, conforme se verificou, são eles de extrema importância para a correta aplicação do Direito conforme o anseio social na Norma, sobretudo quando estas são para tutelar direitos coletivos.

2 A TUTELA COLETIVA NO BRASIL

A tutela jurisdicional com assento no artigo 5º, inciso XXXV,¹⁸³ da Constituição Federal de 1988, na medida em que aciona a atividade jurisdicional do Estado, constitui-se num instrumento de pacificação social de acesso ao Poder Judiciário com normas de caráter instrumental da tutela jurisdicional individual prevista no Código de Processo Civil.

Porém, nas últimas décadas, com o surgimento de diferentes demandas sociais de confrontação, tais como as raciais, estudantis, consumeristas, ambientalistas, de gênero, entre outras, onde todos lutam por novos direitos sociais, os instrumentos processuais de natureza individual mostraram-se absolutamente incapazes de absorver e dar resposta satisfatória aos novos litígios.

O Código de Processo Civil de 1.973 era voltado às demandas individuais, e desconhecia a realidade das relações massificadas, momento em que apenas se iniciavam as discussões acerca dos direitos transindividuais.

O Novo Código de Processo Civil, apesar de vigente desde 2.015, igualmente não tratou dos detalhes da tutela dos direitos coletivos, fazendo menção em apenas um momento de seu conteúdo a essa modalidade de direito processual:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do

¹⁸³ *In verbis*: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Foi nesse contexto que surgiu a ação civil pública, um instrumento destinado à defesa da cidadania, e por isso tem sido um dos mais importantes e eficazes mecanismos de proteção do meio ambiente, do patrimônio público, histórico, artístico, turístico, paisagístico, do consumidor, e outros direitos coletivos, no sentido amplo da palavra.

Logo, o fenômeno da tutela dos interesses coletivos é um instrumento tido como recente, sendo utilizado para amparar igualmente as situações em que se façam presentes os direitos ou interesses coletivos, e que não encontravam amparo, anteriormente, nos métodos tradicionais de solução judicial de conflitos, pois uma das finalidades das ações coletivas é viabilizar o acesso à justiça daqueles que individualmente jamais lograriam bater às portas do Judiciário.

2.1 Evolução da Tutela Coletiva no Brasil

Conforme já salientado, a tutela coletiva no Brasil é recente, sendo a Lei da Ação Popular vigente de 1965 (Lei n. 4.717/65), sendo ela o primeiro instrumento à disposição dos jurisdicionados para a defesa de interesses coletivos.

Embora a Reforma Legislativa da Lei da ação popular em 1977 tenha possibilitado ao cidadão a legitimação para a defesa dos direitos difusos vinculados ao patrimônio ambiental, aludido instrumento se mostra em alguns aspectos insuficiente para assegurar de forma específica a defesa dos interesses coletivos.

Isto porque é restrito o seu objeto, que se limita às matérias atinentes ao patrimônio público e à moralidade da administração, bem como porque o cidadão sempre está em desvantagem em relação ao ente público réu na ação popular, que possui melhores recursos para se defender.

Posteriormente, a Lei n. 6.938/81, chamada de Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil, mas ainda assim seu objeto segue muito restrito para uma efetiva tutela dos interesses coletivos.

Apesar da existência desses instrumentos normativos, foi apenas com a Lei n. 7.347/85, atual Lei da Ação Civil Pública, que rompendo com a estrutura individualista do Direito Processual Civil, surgiu o que hoje se denomina de tutela coletiva de interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, que com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurou uma nova era, consistente na universalização da proteção coletiva sem limites dos interesses ou direitos transindividuais.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, também trouxe em seu bojo a tutela de direitos coletivos, criando, a categoria dos direitos ou inte-

resses individuais homogêneos, sendo tal diploma aplicado conjuntamente com a Lei n. 7.347/85 (atual Lei da Ação Civil Pública), tratando de forma específica da tutela coletiva dos direitos dos consumidores, albergando tutela a direitos já garantidos anteriormente pela Lei n. 7.347/85.

Luiz Guilherme Marinoni (2006, p.722-723) sintetizou, de forma bastante clara, o mecanismo de simbiose existente entre os dois diplomas legislativos, *in verbis*:

A essa Lei (Lei n. 7.347/85) agregou-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), formando assim um sistema integrado. Isto porque o art. 90, do Código de Defesa do Consumidor, manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse Código, as regras pertencentes à Lei de Ação Civil Pública e ao Código de Processo Civil, naquilo que sejam compatíveis. Por outro lado, em razão da regra constante no art. 21, da Lei da Ação Civil Pública – introduzida pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor – são aplicáveis às ações nela calcadas as disposições processuais existentes no Código de Defesa do Consumidor. Portanto, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor estão interligados, existindo perfeita interação entre os dois estatutos legais.

Num aspecto particular do trabalho, a ampliação da tutela jurisdicional para inserir ações coletivas no direito processual pátrio ocorreu com a ação civil pública, por meio da Lei n. 7.347, de 27 de julho de 1985.

Na ocasião, a crescente demanda objetivando a solução de conflitos coletivos correspondentes aos contratos de massa, aliado ao crescimento populacional, principalmente nos grandes centros urbanos, e às relações sociais cada vez mais desiguais entre as partes, exigia instrumento mais eficiente à solução dos conflitos. Foi nesse contexto de necessidade que surgiu a Lei 7.347/85, a Lei da ação civil pública, para a eficiente defesa dos interesses coletivos e difusos.

Desde o início de sua vigência, a manifestação dos direitos coletivos ou difusos deixou de ser um monopólio de atuação dos agentes do Poder Público, tal qual ocorre na ação popular, pois a defesa coletiva tornou-se possível contra quem quer que cometa ofensa aos interesses coletivos ou difusos, seja um administrador público ou particular.

Portanto, a ação civil pública foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 7.347/85, como instrumento de tutela de direitos de natureza constitucional tais como direitos do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), bem como qualquer outro direito difuso, coletivo e individuais homogêneos, estes últimos por força da Constituição Federal de 1988 e das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante a existência de tais instrumentos processuais de tutela coletiva de direitos, como se viu acima, ainda se faz necessária uma análise con-

juntural do tema, de forma a uniformizar procedimentos, a ponto de conferir plenitude à proteção dos direitos coletivos, aí se incluindo os difusos e individuais homogêneos, o que somente poderá ocorrer caso haja um esforço coletivo para a criação de uma tutela processual coletiva, que efetivamente supra as atuais necessidades.

3 PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS PREVISTOS NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI N. 7.347/85) – REGIME ATUAL VIGENTE

3.1 Princípio da inafastabilidade jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV, que o Poder Judiciário é o órgão de apreciação de qualquer espécie de alegação de direito, individual ou coletivo. Logo, por disposição constitucional, o Poder Judiciário tem por compromisso legal o dever de conferir efetividade às normas constitucionais garantidoras, não só dos direitos individuais, mas dos direitos coletivos fundamentais básicos.

Nesse diapasão, tem-se que a inafastabilidade do Poder Judiciário culmina na consequente proibição ao juiz de declinar do seu dever-poder de julgar todo tipo de discussão, garantindo consequentemente a Justiça a todos, inclusive àqueles que não podem arcar com seus custos, o que obviamente não implica em violação ao princípio da imparcialidade, mas sim no necessário enfrentamento das matérias coletivas pelo Poder Judiciário.

Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 571) discorrendo sobre alguns princípios específicos do processo civil coletivo, como o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, destaca que:

(...) É por intermédio do direito processual coletivo comum que o poder judiciário modernamente deve cumprir o seu verdadeiro papel: enfrentar e julgar as grandes causas sociais, como as relativas ao meio ambiente, patrimônio público, consumidor etc., a fim de transformar a realidade social com a justiça. O princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo surge atrelado a essa nova função jurisdicional que o poder judiciário deve assumir para ser respeitado política e socialmente. Assim, como guardião dos direitos e garantias sociais fundamentais, o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, tem interesse em enfrentar o mérito do processo coletivo, de forma que possa cumprir seu mais importante escopo: o de pacificar com justiça, na busca da efetivação dos valores democráticos. Com efeito, o Poder Judiciário deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social.(...)

Deste modo, baseado nesse princípio, o Juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, como forma de enfrentar o mérito da ação coletiva e, consequentemente, legitimar a função social da jurisdição.

3.2 Princípio da prioridade da tutela jurisdicional coletiva

O processo coletivo, como instrumento de tutela dos direitos coletivos da sociedade constitui-se num meio eficaz para evitar decisões conflitantes, pois solucionam numa única demanda vários conflitos individuais, conferindo celeridade ao judiciário brasileiro.

O princípio da prioridade da tutela jurisdicional coletiva emerge da superioridade do interesse social sobre o individual, bem como do disposto no §1º do artigo 5º, da Constituição Federal, devendo não só o Poder Judiciário, mas todos os operadores do Direito, priorizar a efetivação da tutela coletiva, a preferência de tratamento de feitos destinados a tal espécie de tutela.

3.3 Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva

Segundo tal princípio, o abandono ou a desistência da ação coletiva requebrem o controle de outros legitimados ativos, a exemplo do Ministério Público, que verificando o abandono ou desistência imotivada do autor da ação, deverá assumir a ação, ancorado na supremacia do interesse individual sobre o coletivo.

A propósito, quando a desistência for efetivada pelo *Parquet*, caso o Juiz dela discorde, em razão do interesse social das ações coletivas, poderá fazer uso da aplicação analógica do artigo 28, do Código de Processo Penal, sendo o abandono ou desistência apreciado pelo chefe da Instituição.

Exceção a regra da desistência motivada do processo coletivo, são as hipóteses dos artigos 5º e 16, da Lei n. 9.868/99, consistente na impossibilidade de desistência da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade.

3.4. Princípio da não taxatividade da ação coletiva

Decorre das regras previstas no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹⁸⁴, e do artigo 129, III¹⁸⁵, do mesmo diploma legal, bem como do artigo 1º, IV, da Lei da ação civil pública, dos quais emergem a impossibilidade de qualquer restrição aos direitos que estão sob a tutela dos interesses coletivos.

¹⁸⁴ *In verbis*: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁸⁵ *In verbis*: São funções institucionais do Ministério Público: (...) III. Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Em conformidade com tal, qualquer direito coletivo pode ser tutelado por meio de ação coletiva, não devendo subsistir regra taxativa para a proposição da ação coletiva.

Por esse prisma, prevalece o entendimento de que o rol de direitos coletivos é meramente exemplificativo, e nunca taxativo, uma vez que havendo alterações sociais, novas demandas coletivas poderão surgir, e para isso deve o Estado estar preparado para dar uma resposta adequada aos seus jurisdicionados.

3.5 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum

A tutela coletiva tem por finalidade principal a proteção do maior número possível de pessoas, manifestando-se como um instrumento potencializador dos benefícios que o direito pode trazer à sociedade.

Nesse viés, é o artigo 103, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, um exemplo prático disso, onde a coisa julgada coletiva reflete-se no plano individual, quando uma sentença coletiva condenando grande empresa por dano individual, pode ser utilizada posteriormente por outros indivíduos, quando demonstrarem que o objeto do seu direito possui nexo de causalidade com aquele objeto da coisa julgada coletiva (Nery Junior, 1996. p.459).

Esse princípio demonstra o interesse social da tutela coletiva que visa o máximo de benefício, com decisões harmônicas que beneficiem partes equidistantes, gerando segurança jurídica e pacificação social, coibindo a proliferação de ações individuais com situações conflitantes capazes de gerar desequilíbrio e insegurança.

3.6. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

O Princípio da máxima efetividade do Processo Coletivo advém da premissa de que este não deve ser um fim em si mesmo, mas revestir-se de instrumentos aptos para que seja efetivo, devendo o julgador valer-se de todos os instrumentos e meios legalmente possíveis para trazer efetividade ao direito nele visado.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover (2000, p. 345) leciona acerca da ampliação dos poderes do juiz, que de mero espectador, deve ser visto como protagonista da relação processual, especificamente sobre as demandas coletivas, aduz que:

Ademais, nas demandas coletivas, o próprio papel do magistrado modifica-se, enquanto cabe a ele a decisão a respeito de conflitos de massa, por isso mesmo de índole política. Não há mais espaço, no processo moderno, para o chamado juiz neutro – expressão com que freqüentemente se mascarava a figura do juiz não comprometido com as instancias sociais – motivo pelo qual todas as leis processuais têm investido o julgador de maiores poderes de impulso.

Consequentemente, além dos poderes normais de instrução e decisão conferidos ao juiz, para assegurar resultado prático que garanta o máximo de efetividade ao processo coletivo, o magistrado pode conceder liminar, com ou sem justificação prévia (artigo 12, da Lei n. 7.347/85), conceder antecipação de tutela (artigo 84, §3º, da Lei n. 8.078/90), assim como utilizar as medidas previstas no artigo 84, §5º, da Lei n. 8.078/90.

Desta forma, por atingir uma pluralidade de pessoas, o processo coletivo precisa chegar à verdade, que somente é obtida com a produção de provas que esgotem a tutela jurisdicional em prol da efetividade do interesse coletivo.

3.7 Princípio da absoluta fungibilidade da tutela coletiva

Também conhecido como “princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva”, significa que para se chegar a efetiva tutela dos direitos coletivos, admite-se todos os tipos de procedimentos, medidas, provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo, ou mandamental), ainda a ação de execução, em todas as suas espécies, a ação cautelar, a antecipação de tutela, assim como o disposto no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, com aplicação combinada com o artigo 21, da Lei da Ação Civil Pública, artigo 66, da Lei n. 8.884/94 (Lei Anti-Truste), artigo 212, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda no artigo 82, do Estatuto do Idoso.

Portanto, decorrente do máximo interesse social coletivo deverá, o magistrado analisar nas tutelas coletivas o direito material em si, não se atendo ao instrumento utilizado, como medida de extrema fungibilidade procedimental.

3.8 Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público

Aludido princípio encontra-se materializado no artigo 15, da Lei da ação civil pública (Lei n. 7.347/85), segundo o qual caso decorrido sessenta dias do trânsito em julgado da sentença coletiva sem que autor coletivo lhe promova a execução, deverá Ministério Público fazê-lo, por tratar-se de interesse público, amplo e abrangente, sem prejuízo de idêntica iniciativa conferida aos demais legitimados.

3.9 Princípio da legitimidade coletiva ativa concorrente

Em virtude do objeto jurídico tutelado ser relevante, o § 1º, do artigo 129, e o § 2º, do artigo 125, ambos da Constituição Federal, proíbem que se crie legitimidade exclusiva, *in verbis*:

Art. 129 (...) § 1º – A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Art. 125 (...) § 2º – Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Como se vê, o princípio da legitimidade ativa concorrente advém de preceito constitucional, que requer uma interpretação ampla sobre os legitimados da tutela coletiva, não cabendo na espécie aludida análise restritiva tendente a criar legitimidade exclusiva, possibilitando dessa forma a outros colegitimados atuarem em defesa da coletividade.

O princípio aparece exemplificado no artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 5º da Lei de ação civil pública, segundo os quais os órgãos públicos, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, podem ajuizar ações coletivas, como no caso de alguns PROCON Estaduais e Municipais (Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor), o que não se concebe na tutela individual.

3.10 Princípio da proibição do abandono da ação coletiva

Conforme previsto no §3º do artigo 5º, da Lei da ação civil pública, dada a prevalência do interesse público, não há extinção da ação coletiva por abandono da causa, pois “em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”, o que não ocorre no Processo Civil comum.

Tal entendimento também é estendido ao instituto da perempção, que é incompatível com a tutela coletiva, pois estando o Ministério Público no controle da desistência da ação coletiva, havendo abandono por parte do ente legitimado caberá ao *Parquet* assumir a titularidade da ação.

4 PROJETO DE LEI Nº 5.139, DE 2009 (PROPOSTA DE NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA REJEITADA NA CÂMARA DOS DEPUTADOS)

Na tentativa de suprir as demandas reprimidas em termos de efetiva proteção dos Direitos Coletivos tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.139/2009, que visava aprovar uma nova Lei da Ação Civil Pública no Brasil.

Mas porque era/é necessário alterar a Lei da Ação Civil Pública? Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 28-36), desde há muito chama a atenção para o fato de a Ação Civil Pública ser refém do autoritarismo brasileiro, tendo a

citada jurista problematizado os reflexos prejudiciais da edição das Medidas Provisórias 1.570, de 26/03/97 e 1.798-1, de 11/02/99 que versaram sobre a tutela dos direitos coletivos, alertando que essas medidas do Poder Executivo diminuía a eficácia da Ação Civil Pública, pois limitavam o acesso à justiça, a compreensão do momento associativo e, ainda, reduziam o papel do Poder Judiciário.

No dia 17 de março de 2010, a rejeição do Projeto de Lei 5.139 de 2009 pela Câmara dos Deputados fez surgir outros pontos de atenção acerca da tutela dos interesses coletivos no país, sendo o principal deles a cooptação política (Rampin; Ré, 2025).

O referido Projeto de Lei foi fruto do trabalho de uma comissão especial¹⁸⁶ designada no final de 2008 para formular uma nova lei de Ação Civil Pública. Referida comissão foi presidida pelo Deputado Rogério Favreto (Secretário da Reforma do Judiciário), teve como relator o professor Luiz Manoel Gomes Junior e contou com colaboração de outros 22 juristas especialistas no assunto.

Ainda que rejeitado, mantendo o posicionamento acadêmico da necessária discussão do assunto, sobretudo no ponto que trata do Direito Coletivo Brasileiro, vamos discutir o conteúdo do citado Projeto de Lei, isso pelo reconhecido conteúdo vanguardista que ele trouxe, e porque nele há/havia a previsão de um capítulo expresso para a principiologia para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o qual é o arcabouço necessário para a discussão acerca da criação de uma legislação condensada sobre o Direito Processual Coletivo, veja-se o teor do texto:

Projeto de Lei n. 5.139/2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Capítulo II – DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA. Art. 3. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, indivi-

¹⁸⁶ O Ministério da Justiça instituiu pela Portaria nº 2.481/08, uma Comissão Especial com a finalidade de apresentar uma proposta de readequação e modernização da tutela coletiva, com a seguinte composição: Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Poder Judiciário, que a presidiu, Luiz Manoel Gomes Junior, encarregado da relatoria, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petrônio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sérgio Cruz Arenhart.

duais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e IX – preferência da execução coletiva sobre as execuções individuais fundadas em sentença coletiva (Mendes, 2010, p. 350).

A seguir veremos de forma individualizada cada um dos princípios previstos no Projeto de Lei rejeitado, de uma nova Ação Civil Pública, reiterando, que eles podem ter o condão de modificar os destinos da tutela coletiva no Brasil, e finalmente o direito processual se valer de um Código de Processo Civil Coletivo.

4.1 A Principiologia do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 – grande inovação (uma construção necessária)

A mudança nos dogmas positivistas de Kelsen rompeu com tal tradição, onde os princípios gradativamente deixaram de ser apenas ideais inatingíveis, obtendo força normativa a partir do momento em que passaram a fazer parte da ordem jurídica, sobretudo porque foram expressamente incorporados às Cartas Constitucionais, inclusive no Brasil.

Após detidos estudos de Robert Alexy, e do filósofo Ronald Dworkin, essa dissociação foi superada, uma vez que a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição.

Nesse aspecto, o princípio concretizou-se como importante instrumento assegurador dos direitos fundamentais em diversos países, inclusive no Brasil, muitas vezes até considerado como sendo “*la propia esencia de los derechos fundamentales*” (ALEXY, 1997, p. 144). Da mesma forma, também na Hermenêutica Jurídica hodierna os princípios passaram a ser de extrema importância para os critérios de interpretação.

Portanto, a previsão expressa de princípios no Projeto de Lei n. 5.139/2009 é um importante caminho para a autonomia doutrinária do assunto, pois a moderna ciência jurídica deu respeitabilidade aos princípios, de maneira que, cada vez mais eles têm sido utilizados nas motivações de decisões judiciais, e na argumentação que advogados utilizam para defender suas teses, bem como na produção doutrinária de relevantes institutos jurídicos.

4.1.1 Amplo acesso à justiça e participação social

Tal princípio decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, que está presente na Constituição Federal, no artigo 1º, III, consistindo num superprincípio da ordem jurídica nacional, em torno do qual gravitam os demais princípios dele decorrentes e dependentes, sendo um desses princípios, o do acesso à justiça.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

Não obstante a proibição da autotutela para resolução das controvérsias jurídicas existentes, o Estado assumiu tal múnus e monopólio da jurisdição, visando a pacificação social, e como instrumento hábil, elegeu o direito, como esteio do Estado Democrático, para a referida pacificação.

Justamente por isso foi adotado o princípio do acesso à justiça nessa ordem jurídica, que reza o dever do Estado de propiciar o acesso à justiça indistintamente e substancialmente, não como simples direito de propor ação em juízo, como medida de dignidade humana.

O acesso à justiça carece de processos justos, com base na isonomia processual, à lume de um juízo imparcial que permita a efetiva realização de direitos das partes, independentemente de qualquer característica pessoal destas.

O princípio do acesso à justiça deve ser tido como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que garanta, e não apenas proclame, os direitos de todos.

Na análise diminuta do princípio, não basta somente o acesso ao Judiciário, mas sim o acesso à ordem jurídica justa, pois, é uma questão de cidadania. Isso porque, o acesso à justiça contribui enormemente para a redução das desigualdades sociais porque tende à realização dos direitos e garantias fundamentais.

Ninguém pode ter cerceado o seu direito de acesso à justiça, seja por motivos sociais, econômicos, culturais, políticos ou jurídicos e, pelo mesmo motivo, não se podem opor obstáculos para a concretização de direitos.

Cappelletti na obra “Acesso à justiça”, aqui repetido por Didier (2008, p. 112 a 114), preconiza três ondas de acesso à justiça, a primeira onda diz respeito à assistência judiciária para os pobres, refere-se às custas judiciais, aos ônus de sucumbência e aos honorários advocatícios.

A segunda onda, ou fase, diz respeito à representação dos interesses difusos, desde sempre existiram interesses que não se podiam classificar como públicos ou privados, exclusivamente, devido à sua característica de transindividualidade como por exemplo, a defesa do meio ambiente, consumidor, saúde, patrimônio público e cultural e outros direitos, inclusive os sociais.

Porém, a partir de determinado momento passaram a ser reconhecidos; a terceira onda é a do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça.

4.1.2 Duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias

Decorre da necessidade de que a tutela estatal seja célere e efetiva, o que foi elevado à categoria de Direito Fundamental, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, incluindo o inciso LXXVIII, no artigo 5.º, da Constituição Federal de 1988, onde a acepção de justiça se mede ao passo que ela seja prestada de forma rápida, *in verbis*:

Art. 5.º (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Da mesma forma, a prioridade no processamento dos feitos coletivos é necessária e o Projeto de Lei explicita tal prioridade, uma vez que sua tutela lida com direitos coletivos em sentido amplo, portanto de cunho fundamental.

4.1.3 Isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia

A Constituição do Brasil, no artigo 5.º, *caput*, estabelece que todos são iguais perante a lei, princípio que delimita a igualdade como necessidade e fundamento do Estado Nacional Brasileiro, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

A isonomia é pedra de angular do Constitucionalismo, e substrato basilar dos verdadeiros Estados Democráticos de Direito, e seu reconhecimento na Constituição Federal de 1988, dentre direitos e garantias fundamentais, fixa isto de maneira inderrogável¹⁸⁷ não passível de supressão.

O Direito Processual Civil não difere, e nele tem-se expressa previsão de que todos os litigantes devem receber o mesmo tratamento, nos termos do artigo 139, I, do Código de Processo Civil, devidamente recepcionado pela Carta Maior: “artigo 139, I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

¹⁸⁷ Nos termos da Constituição os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas e, nos exatos dizeres de seu artigo 60, §4º, não podem ser suprimidos do constitucionalismo pátrio hodierno.

Por óbvio que a verdadeira face da isonomia só se projeta quando se eleva à busca pela igualdade plena, e justamente por isso, tem-se a igualdade formal (legal) e a igualdade substancial (material), e esta, reconhece as diferenças de cada qual, e busca mitigá-las.

Trata-se de medida isonômica voltada para a realidade, e atenta às necessidades de alguns entes e nacionais que mais necessitam do amparo estatal, inclusive no aspecto processual, como por exemplo, as crianças e adolescentes, os idosos, a Fazenda Pública, entre outros. Daí a máxime de tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

Vários são os exemplos nos quais o legislador expressamente consignou esta perspectiva da igualdade material ou substancial: na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumido), onde se destaca o artigo 6º, inciso VIII:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...)VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências...

Como se viu, acerca do ônus probatório, quando em regra, nos exatos termos do artigo 373, do Código de Processo Civil, exige que o autor faça prova das alegações que argúi em juízo, e que o réu faça prova de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito trazidos pelo autor, o Código de Defesa do Consumidor, como medida processual de igualdade substancial, quebra tal regra.

No mesmo sentido, necessário mencionar o que diz a Lei n. 1.060/50, a Lei da Assistência Judiciária Gratuita, que permite aqueles que não possuem condições econômicas poderão se valer da isenção de custas e despesas processuais para ingressarem em juízo¹⁸⁸.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), no artigo 71, concede prioridade na tramitação dos processos de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, bem exemplificando o anteriormente dito.

No entanto, medidas de isonomia substancial no âmbito processuais, não se aplicam tão somente em favor do particular, mas também ao próprio Estado, que pode ser também beneficiado, em virtude de ser gerido pelo dinheiro público, é o que ocorre por exemplo, nos prazos diferenciados da Fazenda Pública e do Ministério Público.

¹⁸⁸ Na Lei n. 1.060/50, importante destacar o artigo 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. § 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

No tocante à economia processual, também presente no princípio supra, esse decorre da necessidade de eficiente gestão e gasto do dinheiro público, uma vez que o dinheiro público é arrecadado através do pagamento compulsório de impostos e outras formas de arrecadação, e a atividade processual, que emerge do Poder Judiciário, deve guardar o princípio maior da supremacia do interesse público, e a consequente economia no gasto e trato do dinheiro público.

E quanto à flexibilidade e máxima eficácia, decorrem de necessária efetivação do direito, independente de formas herméticas e ritualísticas excessivas, onde a relação processual deve se flexibilizar para atender às necessidades da coletividade, sobretudo em se tratando de interesses coletivos que são guardados na tutela aqui estudada, consistindo em prioridade na atividade jurisdicional estatal, e de extrema e necessária efetividade, para se atingir a almejada justiça social.

4.1.4 Tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito

Devido à característica dos bens tutelados pelo direito coletivo (bens e direitos essenciais), necessário ao Poder Judiciário agir com cautela e prevenção, a fim de evitar a consumação dos danos a tais bens.

Com amparo na tutela de interesse coletivo de suma importância, o meio ambiente, que traz à tona o princípio da preservação, precaução ou da cautela, que é decorrente do Princípio 15, da ECO-92 (Rio 92), sendo aplicável quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis.

Nestes casos deverá o Estado, sobretudo o Poder Judiciário atuar conforme esse princípio a fim de prevenir o dano.

Tal princípio é largamente aplicado no Brasil, sobretudo no tocante à punição aos infratores, previstas na Lei n. 9.605/98 (Lei dos crimes ambientais), que pune uma série de crimes de mera conduta, ou os chamados crimes de perigo abstrato.

Mas nem sempre é possível evitar a efetivação dos danos aos bens coletivos, e uma vez lesados tais bens, nasce a necessidade de reparação, reparação essa de natureza patrimonial, moral, individual e coletiva, com destaque especial ao enriquecimento ilícito diante do bem coletivo, que da mesma forma deve ser reprimido com veemência.

4.1.5 Motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados

Cumprido ao Estado, quem monopoliza a tutela jurisdicional, proferir decisões justas, razoáveis, e, para tanto, explicitamente fundamentadas.

Por isso, e com esse objetivo, a motivação das decisões judiciais impede que magistrados, a seu bel prazer, decidam de forma dissonante do previsto no ordenamento jurídico, e sobretudo dos princípios que gerem a tutela judicial, e sobretudo a coletiva.

O princípio da motivação das decisões judiciais alia-se à necessidade de transparência nas decisões, daí indissociável ao princípio da publicidade, que é um criterioso imperativo no controle das atividades judiciais, e esta-tais como um todo.

O artigo 93, incisos IX e X, da Constituição Federal de 1988, é exemplo da importância dada pelo legislador constitucional a este princípio:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Ênfase deu a proposta da nova Lei da ação civil pública à motivação acerca de conceitos indeterminados, ou seja, aqueles que não são usuais à população ou necessitam de saber mais aguçado, cabendo ao magistrado, porta-voz do Estado-Direito, trazê-los à população.

4.1.6 Publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade

Pelo tratamento que o Legislador conferiu aos bens coletivos, a exemplo do contido no artigo 2º, § 1º, do Projeto de Lei n. 5.139/09, que estabelece a presunção legal de relevância¹⁸⁹ aos bens coletivos, é que se faz necessário a ampla e irrestrita publicidade dos atos processuais que interessem à população.

Certamente em tempos hodiernos tal princípio parece de pouca envergadura, no entanto ele emerge da sombra dos regimes de exceção, inclusive no Brasil nos idos de 1964 a 1985, regimes esses totalmente contrários ao Estado de Direito, e via de consequência à democracia, por isso não se utilizavam da publicidade, uma vez que seus segredos encobririam atos desabonadores e grotescos.

Cientes da necessidade da publicidade dos atos estatais, sobretudo do Poder Judiciário, a publicidade dos atos processuais é extremamente necessária, até

¹⁸⁹ “A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.”

mesmo para que a sociedade possa fiscalizar seus magistrados, evitando, com isto, desmandos e favorecimentos inaceitáveis.

Em se tratando de demandas com interesses coletivos, tal publicidade é ainda maior, uma vez que dela decorre a não utilização da tutela individual para solução de conflitos já debatidos em sede de ação coletiva, podendo gerar economia e celeridade processual, e de dinheiro público.

Não diferente dos demais princípios, na Constituição Federal de 1988, há claros comandos no sentido da observância da publicidade nos atos processuais, como se observa:

Art. 5º, inciso LX: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (...)

Art. 93, inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados casos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

A publicidade é comando a ser sempre seguido, apesar da existência de poucas exceções, onde o sigilo dos atos processuais deve ser mantido, no entanto ele deve ser encarado com seriedade, e eventuais excessos rechaçados, na obra *Teoria Geral do Processo*, Ada Pellegrin Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra prelecionam:

Aliás, toda precaução há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas vêm-se submetidas a excessos de publicidades que infringem seu direito à intimidade, além de conduzirem à distorção do próprio funcionamento da Justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial. Publicidade como garantia política- cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça- não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo (Cintra; Dinamarco; Grinover, 2011, p. 70).

Portanto, com contornos do tradicional processo civil, e da própria Constituição Federal, a publicidade deve ser também buscada no processo coletivo, vez que neste particular adquire contornos um pouco diferentes, jamais antes vistos, pois se está diante de um bem diferenciado, o bem coletivo, daí a necessidade da ampla divulgação das ações coletivas, visando a efetividade dos direitos ali buscados, ao maior número de pessoas.

4.1.7 Dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, a produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva

Em virtude da necessidade da máxima eficácia da tutela coletiva, já existente implicitamente na Lei da ação civil pública, e com previsão expressa no Projeto da nova Lei, devidamente discutido no item 3.1.3, tal princípio busca ampla e irrestrita cooperação, seja entre o setor privado e público, e entre este e seus próprios entes e órgãos.

Nesse sentido é que emerge o dever de colaboração, onde o fim buscado, a efetiva proteção aos bens coletivos, é o precípua, e de sua análise, conclui-se que todos devem cooperar para que a verdade real seja atingida no bojo dos processos coletivos, e no que tange à execução, seja ela levada a todos os atingidos (jurisdicionados).

Um exemplo prático de cooperação em tutela coletiva é o caso de um típico acontecimento maléfico ao meio ambiente, onde a sociedade civil, através de uma Organização Não Governamental, ingressa com uma reclamação perante o Ministério Público, e este por sua vez instaura um Inquérito Civil para apurar a autoria, e no bojo de tal inquérito utiliza-se do Conselho Regional de Bioquímica para fazer os levantamentos técnicos, entre outros entes de cooperação, até a efetiva proteção do interesse coletivo.

4.1.8 Exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo

A boa fé, a ética, a lisura e a probidade na condução dos encargos processuais deixaram de ser aspectos meramente morais, e o ordenamento jurídico exige com certa severidade o respeito a estes princípios, punindo quem foge destes ditames, a despeito do que se vê nos casos de litigância de má-fé, multas processuais, Código Penal (crimes contra a administração da justiça), Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros.

A boa fé além de princípio previsto na proposta de nova Lei da ação civil pública, também é a base insculpida nas relações civis no Brasil, inaugurada com o Código Civil de 2002, Lei n. 10.406/2002, vejamos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Da mesma forma, o dever de lealdade processual expressamente prevista como princípio da novel ação civil pública, é inerente a todos aqueles que de alguma participam do processo, sejam juízes, promotores, partes, advogados, peritos, serventuários da Justiça, testemunhas (artigo 77, do Código de Processo Civil):

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta

Acerca da lealdade processual, não diferente, é necessário a todos os participantes dos processos em geral, sobretudo os coletivos, a guardarem, o seu descumprimento ensejará duras punições penais, com capítulo específico dos crimes contra a administração da justiça (artigos 338 a 359, do Código Penal).

4.1.9 Preferência da execução coletiva

Como se sabe, ao final de uma ação coletiva chega-se a um provimento judicial que, por vezes, se dá de forma ilíquida, sendo necessária proceder-se à liquidação da sentença.

Hugo Nigro Mazzilli (2006, p 475) explica que a atual Lei da ação civil pública nada dispõe sobre a liquidação da sentença, enquanto o Código de Defesa do Consumidor só o faz no tocante à defesa de interesses individuais homogêneos, devendo o legitimado, enquanto litigante, recorrer a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e supletivamente o Código de Processo Civil.

Uma vez havendo a condenação em favor daquela coletividade litigante, visando maior efetividade e agilidade no cumprimento desse provimento, a nova Lei, repetindo regramento anterior, mas agora de forma mais ampla e

aplicável à tutela coletiva, estatui como princípio, portanto fundamento, que a execução do provimento final será de forma coletiva.

Certo de que quem deva proceder a essa nova fase processual seja o mesmo legitimado na propositura da ação, sendo tal regra expressa no novel regramento coletivo, cabendo aos demais a atuação subsidiária, em caso de omissão (Gomes Junior, 2005. p. 234).

A aplicação de tal princípio gerará ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, economia e celeridade processual, e consequentemente, menos gastos ao Erário e enorme benefício ao próprio nacional, como já se viu no item 3.1.3.

Com isso, se pode minorar os efeitos da chamada “loteria jurídica”, constante em decisões contraditórias em direitos/lides iguais, o que atualmente muito se vê no direito pátrio.

E, da mesma forma, haverá também a efetivação da tutela coletiva, e sua maior abrangência, uma vez que certas demandas que individualmente não poderiam ser levadas a diante, por serem singelas economicamente falando, coletivamente poderão ser resolvidas e o direito efetivado através de posterior execução conjunta da sentença.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após detida análise da temática supra, percebe-se que a vigente Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) além dos problemas relatados no ensaio, prevê uma série de princípios, no entanto de maneira implícita.

Assim, objetivando imprimir às Ações Cíveis Públicas, ao Processo Coletivo como um todo, mais instrumentalidade e a efetividade de proteção aos bens jurídicos por ela tutelados, surgiu o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 – Nova Lei da Ação Civil Pública, o qual foi amplamente discutido pela comunidade acadêmica, no entanto foi rejeitado na Câmara dos Deputados, e tramita lentamente na atualidade, paralelo com a proposta recente de 2021.

Essa ação, a de rejeição do Projeto de Lei frustrou os estudiosos do assunto, visto que retornou o Direito Coletivo à estaca zero!

Entre tantas inovações positivas advindas do estudo que redundou no citado Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública destaque à principiologia, sendo que o Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública, prematuramente sepultado, trouxe a previsão de um capítulo específico e explícito ao tema, algo extremamente necessário para o bom andamento do Direito Processual Coletivo no Brasil.

Com isso, tais princípios poderiam subsidiar os magistrados e juristas na aplicação do direito, como forma de integração da norma jurídica, para supressão de lacunas, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasilei-

ro, artigo Art. 4º, que aduz que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Ainda nesse sentido, tais princípios serviriam como verdadeiras normas de direito para as demandas coletivas, consoante crescente reconhecimento da força normativa dos princípios, na Teoria de Alexy.

Lapidar também que a previsão da principiologia expressa no Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública faria também surgir uma base legal para outras ações coletivas (Ações Populares, Mandado de segurança etc.), conforme previsão expressa do próprio Projeto de Lei, em seu artigo 68, onde a Lei poderia aplicada subsidiariamente a tais ações.

Por fim, e não menos importante, verificando a importância dos princípios para qualquer ramo do direito, no bojo da Ação Civil Pública, e das ações coletivas em geral, tal previsão é o primeiro passo para o reconhecimento da autonomia acadêmica e doutrinária do tema das Ações Coletivas, sobretudo para a criação de uma Legislação unificada, o chamado Código de Processo Coletivo, assim entendido como um regime jurídico próprio, daí a academia não sucumbir à rejeição, e sempre tratar do assunto até que o mesmo volte à cena política, e que tenhamos êxito no seguimento do Projeto de Lei, ao menos no conteúdo por ele trazido que trata-se de vanguarda no direito mundial e é uma importante e necessária inovação legislativa ao Brasil.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2011.

BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Dalmio de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, Vol. 4, 3 ed., Salvador: Jus Podium, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____, Ada Pellegrini. **A Ação Civil Pública refém do autoritarismo**. In Revista de Processo. Ano 24. Out-dez/2009, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HERKENHOFF, J. B. **Direitos Humanos – a construção universal de uma utopia**. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAIM, Maria Augusta Fonseca. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Revista Jurídica da PUC/Campinas. V. 19, n. 1, 2003.

PAINE, Thomas. **Direitos do Homem**. São Paulo: Edipro, 2005.

PUHL, Adilson Josemar. **O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**. São Paulo: Editora Pílares, 2005.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias; RÉ, Aluisio Iunes Monti Rugerri. **Ação Civil Pública é refém do patrimonialismo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-abr-17/acao-civil-publica-perpetuacao-patrimonialismo-brasileiro>. Acesso em: 4 Abr. 2025.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAPÍTULO X

EXCLUSÃO DIGITAL E ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO NO INSS

*Bruno Smolarek Dias*¹⁹⁰

*Fabrizio Batista de Souza*¹⁹¹

*Luiz Manoel Gomes Junior*¹⁹²

1 INTRODUÇÃO

A seguridade social brasileira, delineada pela Constituição Federal de 1988, abrange um conjunto de ações integradas nas áreas da saúde, previdência e assistência social, com o objetivo central de promover o bem-estar e a justiça social. Nesse contexto, o processo administrativo previdenciário, conduzido

¹⁹⁰ Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí -SC (2014), ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho -Portugal (2012). Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia -Itália. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) em 2008. Advogado e Professor do Curso de Direito da UNIPAR – Unidade Universitária de Francisco Beltrão. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. E-mail: professorbruno@prof.unipar.br

¹⁹¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania na UNIPAR. Graduado em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR Umuarama. Advogado Especialista em Direito Penal e Processo Penal. batistaesouza.adv@gmail.com

¹⁹² Pós-Doutor em Direito pela USP (FDRP). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor Titular no Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNPAERP), Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar-PR) e Professor Colaborador nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna (UIT-MG). Consultor da Organização das Nações Unidas e Relator da Comissão Especial do Ministério da Justiça para elaboração do anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (2009/2010). Atuou como Pesquisador do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (2014/2015). Advogado e Parecerista. luizm@luizmconsultoria.com.br

pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), representa o ponto de partida formal para o exercício de inúmeros direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Embora de natureza administrativa, essa etapa possui relevância jurídica, pois é requisito essencial para o acesso à via judicial e, muitas vezes, o único instrumento disponível aos mais pobres para reivindicar benefícios indispensáveis à sobrevivência.

A assistência social, componente da seguridade social, protege expressamente pessoas em situação de vulnerabilidade, como idosos e pessoas com deficiência, especialmente por meio do Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS), regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993). Esses grupos, devido às suas condições de vida, enfrentam obstáculos adicionais no acesso aos serviços públicos, agravados pelas exigências tecnológicas impostas pela recente digitalização dos serviços públicos.

A transformação digital promovida pelo INSS nos últimos anos – intensificada pela pandemia da COVID-19 – introduziu ferramentas como o aplicativo Meu INSS, plataformas virtuais, atendimento por inteligência artificial e o chamado balcão eletrônico. Embora essas inovações tenham aumentado a agilidade e a eficiência do trâmite dos processos administrativos, seus benefícios não alcançaram toda a população de forma equitativa. Para os requerentes de grupos vulneráveis – como idosos, pessoas com deficiência, analfabetos, desempregados, habitantes de áreas rurais e comunidades marginalizadas – esses avanços se tornaram, paradoxalmente, barreiras ao acesso a direitos fundamentais.

A substituição gradual do atendimento presencial pelo digital comprometeu o caráter acessível e inclusivo do processo administrativo. Muitos beneficiários, mesmo comparecendo fisicamente a uma agência do INSS, recebem apenas instruções para usar plataformas digitais às quais não têm acesso, seja por falta de conhecimento técnico, dispositivos ou conectividade. Esse cenário revela um descompasso entre o direito formal e a realidade social do jurisdicionado, violando, em última análise, o direito fundamental ao acesso à justiça – compreendido em seu sentido material, que inclui o acesso ao próprio Estado-administração.

Diante disso, este estudo tem como objetivo analisar os principais entraves enfrentados pelos grupos vulneráveis no processo administrativo previdenciário e propor alternativas que garantam um atendimento humanizado, acessível e alinhado com os princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e da função social do Estado. Ao adotar a perspectiva do processo civil como instrumento de proteção de direitos e realizar uma análise crítica da fase administrativa, busca-se contribuir para o debate sobre a efetividade do sistema previdenciário como meio de concretização da cidadania no Brasil.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

2.1 A essencialidade da fase administrativa e sua relação com o acesso à justiça

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a seguridade social como um sistema integrado de ações nas áreas de saúde, assistência social e previdência social (art. 194, CF/88). No âmbito previdenciário, o processo administrativo previdenciário surge como instrumento fundamental para o acesso aos direitos sociais, sendo o meio pelo qual o segurado ou beneficiário formaliza seu pedido de benefícios junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Embora inserido no Direito Administrativo, o processo administrativo previdenciário possui forte ligação com o Direito Processual Civil, especialmente no que tange ao acesso à justiça como direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF/88) e à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). Referidas normas fundamentais do processo, visto que aplicáveis a todas as modalidades de processos cíveis, dentre os quais está o procedimento administrativo, devem garantir a cidadania material e respeitar os direitos fundamentais do administrado.

A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal, estabelece que a Administração deve atuar com finalidade pública, razoabilidade, eficiência e motivação, assegurando a participação do administrado nos atos processuais. No contexto previdenciário, o Decreto nº 3.048/1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, determina o requerimento administrativo como condição para a ação judicial, em respeito ao princípio da subsidiariedade do Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou a exigência do prévio requerimento administrativo como condição para o acesso à via judicial em matéria previdenciária, desde que não haja omissão ou demora injustificada por parte do INSS (STF, RE 631240/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2014). Essa decisão reforça a importância da fase administrativa como etapa inicial e necessária para a busca dos direitos previdenciários.

2.2 Ordem jurídica justa: conceito e dimensões

A efetividade do processo administrativo previdenciário depende da sua acessibilidade real, não apenas formal. Não basta que a lei garanta o direito ao requerimento administrativo; é preciso que o acesso seja garantido a todos, independentemente de sua alfabetização ou de seu acesso à tecnologia.

Cappelletti e Garth (1988) destacam o acesso à justiça como a mais básica das garantias processuais, essencial para a concretização de todos os demais

direitos: “O acesso efetivo à justiça pode ser considerado o requisito mais básico, o mais essencial dos direitos humanos em um sistema legal que pretenda garantir a todos direitos iguais”.

O acesso à justiça não pode ser reduzido ao ingresso em juízo. Ele compreende a garantia de que o indivíduo terá condições de ver seu direito analisado e satisfeito de forma célere, justa e efetiva, em um processo que observe o contraditório, a ampla defesa e a dignidade da pessoa humana (Gomes Júnior, 2011, p. 77).

A ordem jurídica justa, nesse contexto, relaciona-se com a efetivação dos princípios da justiça social, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Conforme Ramos (2018), a acessibilidade à ordem jurídica justa pressupõe o exercício pleno da democracia e a realização dos direitos humanos.

A busca pela ordem jurídica justa no INSS implica em assegurar que o Estado, por meio desse órgão, garanta instrumentos capazes de atender todos os cidadãos com isonomia, eliminando barreiras e promovendo a igualdade e a inclusão, considerando os valores da ordem constitucional.

Como destaca Moreira de Paula (2019), em um Estado democrático de direito, o acesso à justiça não pode ser concebido como um direito meramente formal, mas sim como instrumento essencial à concretização da cidadania material, permitindo que todos os indivíduos – independentemente de sua condição social ou econômica – tenham seus direitos efetivamente reconhecidos e protegidos.

A noção de processo justo exige que se vá além da legalidade formal. É necessário assegurar que todos, em condições de igualdade, possam exercer o direito de acesso à justiça, o que implica considerar fatores sociais, econômicos e culturais que podem se tornar barreiras à efetividade do processo (Medina, 2020, p. 57).

O processo administrativo previdenciário, portanto, é essencial para a efetivação de direitos fundamentais, devendo ser regido de forma ágil, eficiente e acessível, a fim de se evitar exclusões ou marginalizações institucionais.

Medina (2020, p. 38) reforça que “O processo justo é aquele que não apenas observa a legalidade formal, mas que assegura, de maneira substancial, a efetividade dos direitos fundamentais das partes, em consonância com a ordem constitucional democrática.”.

O processo administrativo previdenciário, portanto, é essencial para a efetivação de direitos fundamentais, devendo ser regido de forma ágil, eficiente e acessível, a fim de se evitar exclusões ou marginalizações institucionais.

A modernização da estrutura administrativa, com a digitalização dos serviços, a implementação do “Meu INSS” e a substituição de atendimentos presenciais por canais remotos, apresenta novos desafios. Os grupos vulneráveis,

frequentemente sem acesso à internet, escolarização básica ou suporte técnico adequado, acabam sendo excluídos, tornando o processo inacessível e gerando um paradoxo entre a inovação tecnológica e a exclusão digital – o que pode configurar uma afronta indireta ao direito de acesso à justiça.

O papel do Estado na garantia de acesso efetivo à justiça, na promoção da ordem jurídica justa, inclui o acesso à informação, à participação e a meios eficazes de tutela de direitos. Nesse sentido, Gomes Júnior (2011) ressalta que o acesso à justiça não se restringe ao ingresso em juízo, mas compreende a possibilidade de obter, de forma célere, justa e efetiva, a solução dos conflitos por meio de um processo que respeite o contraditório, a ampla defesa e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a análise aprofundada do processo administrativo previdenciário, sua natureza híbrida entre o administrativo e o judicial, e os obstáculos contemporâneos ao seu acesso, é essencial para compreender seu papel no sistema de justiça social brasileiro e propor estratégias de superação de barreiras que assegurem um atendimento inclusivo e digno a todos os cidadãos.

3 O DIREITO DE RESSONÂNCIA CONSTITUCIONAL

O acesso a justiça pode ser conceituado como “Direito de Ressonância Constitucional”, que pode ser compreendido por meio de uma analogia direta com o fenômeno físico da ressonância, que ocorre quando uma força externa é aplicada sobre um sistema com frequência igual ou muito próxima à sua frequência natural. Nesse contexto, segundo Halliday, Resnick e Walker (2016, p. 449), *“ressonância é o fenômeno que ocorre quando um sistema é submetido a uma força periódica cuja frequência é igual ou muito próxima à sua frequência natural, resultando em uma grande amplificação da oscilação.”*

Essa sintonia faz com que o sistema vibre com muito mais intensidade, atingindo seu máximo potencial de resposta. No caso do som, por exemplo, a ressonância permite que uma nota musical faça outros objetos vibrarem, mesmo sem tocá-los diretamente, basta que estejam afinados na mesma frequência.

Transpondo o fenômeno da ressonância para o campo do Direito, temos uma metáfora que ajuda a compreender como certos direitos constitucionais conseguem gerar efeitos mais amplos do que sua aplicação isolada sugeriria. Esses são os chamados Direitos de Ressonância Constitucional: direitos que, uma vez efetivados, interferem ou ampliam outros direitos, ultrapassam o interesse individual e geram impacto coletivo.

Entre esses direitos, o acesso à justiça ocupa uma posição central. Ele funciona como a “nota-base” do sistema constitucional – uma espécie de frequência fundamental que, ao ser ativada, faz ressoar outros direitos, como igualdade, liberdade, moradia, educação, saúde e dignidade. Mais do que apenas permitir

que alguém recorra ao Judiciário, o acesso à justiça é um motor de transformação social: mobiliza instituições, protege os vulneráveis e fortalece a legitimidade da democracia.

Assim como a vibração de uma corda pode fazer outras vibrarem, a realização concreta do acesso à justiça coloca o sistema jurídico em movimento, ampliando a atuação dos princípios constitucionais. Em outras palavras, a justiça realmente ressoa na Constituição quando está aberta, acessível e sintonizada com a realidade das pessoas.

Esse conceito ultrapassa a ideia de que os direitos fundamentais têm eficácia horizontal ou vertical. O Direito de Ressonância Constitucional revela uma eficácia expansiva e transversal, que repercute:

- Na organização do Estado, ao exigir estruturas institucionais adequadas, como defensorias, assistência judiciária e políticas de inclusão jurídica;
- Na realização de outros direitos, ao funcionar como via de acesso para a fruição de prestações materiais e garantias subjetivas;
- Na sociedade, ao promover a igualdade de participação e fortalecimento do tecido democrático.

Assim como a harmonia não é produto de uma única vibração, mas do encontro entre ondas sincronizadas, o acesso à justiça é somente a possibilidade de ingresso no judiciário, mas deve ser harmonizado com princípios fundamentais de igualdade e dignidade humana, para que o acesso seja ampliado.

Reconhecer o acesso à justiça como Direito de Ressonância Constitucional implica, portanto, atribuir a ele um papel estrutural e transformador: trata-se de um direito instrumental, irradiador. Sua violação ou efetividade gera um efeito dominó interferindo diretamente em outros direitos constitucionais.

4 O PARADOXO DA MODERNIDADE: AVANÇOS TECNOLÓGICOS E BARREIRAS AO ACESSO NO INSS

A trajetória histórica do acesso aos direitos previdenciários no Brasil reflete uma luta constante pela efetivação da proteção social e pela garantia de direitos fundamentais. Durante décadas, os desafios estiveram associados, sobretudo, à burocracia excessiva, à falta de informação clara, à distância geográfica das agências do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – especialmente para aqueles que residem em áreas rurais ou periferias urbanas – e a práticas de atendimento que muitas vezes desconsideravam as realidades dos segurados (Malloy, 2007). Para superar tais obstáculos, diversas iniciativas foram implementadas ao longo do tempo, como a expansão de agências em novas localidades, a simplificação de procedimentos e a criação de canais de comunicação mais acessíveis.

Com a chegada da era digital e o impulso pela eficiência na gestão pública, o INSS passou a adotar inovações tecnológicas voltadas à modernização do atendimento. O aplicativo Meu INSS, os atendimentos por chatbots e videoconferência, bem como a digitalização de documentos, tornaram-se elementos centrais desse processo. A proposta é oferecer ao segurado acesso remoto, rápido e prático a requerimentos, agendamentos e acompanhamento processual, sem a necessidade de deslocamento até uma agência (O'Reilly, 2011).

Entretanto, é preciso uma análise crítica: embora tais inovações tragam inegáveis benefícios, sem a criação de alternativas inclusivas, acabam por gerar um cenário paradoxal. Em vez de universalizar o acesso, podem criar barreiras adicionais, especialmente para os grupos mais vulneráveis. Para idosos, analfabetos e pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica, as plataformas digitais se transformam em obstáculos quase intransponíveis (Castells, 2013).

A ausência de letramento digital, a falta de acesso à internet de qualidade e a complexidade das interfaces ampliam a distância entre as necessidades sociais e a oferta dos serviços. O problema se intensificou no período pós-pandemia, quando os atendimentos presenciais nas agências do INSS foram drasticamente reduzidos e os requerimentos passaram a depender, em regra, do aplicativo ou do telefone 135.

Na prática, muitos segurados, ao se dirigirem às agências, são orientados a realizar os requerimentos de forma online. Frequentemente recebem apenas uma senha de acesso ao aplicativo, sem qualquer noção de como utilizá-lo. Mesmo quando insistem pelo atendimento presencial, são informados da necessidade de agendamento prévio pelo telefone – um procedimento que exige não apenas acesso, mas também familiaridade com menus automatizados. Esse cenário evidencia como a digitalização, sem estratégias de apoio, acaba se configurando em verdadeira barreira de acesso.

Um exemplo emblemático é o do idoso residente em área rural, sem escolaridade e sem internet. Após viajar longas distâncias até uma agência, ao tentar requerer seu benefício, é orientado a realizar o procedimento online ou pelo 135. A frustração e a angústia vivenciadas nesse caso ilustram como as barreiras tecnológicas podem culminar no abandono do requerimento ou no indeferimento por não cumprimento de exigências mínimas.

O mesmo ocorre com analfabetos e pessoas em extrema vulnerabilidade social, que não possuem condições de interpretar informações nas telas ou digitalizar documentos. Para esses indivíduos, a tecnologia não simplifica, mas exclui, tornando inviável o acesso a direitos fundamentais, como lembra Chueiri a respeito desse tema:

A exclusão digital no Brasil não é apenas um problema de acesso a equipamentos ou à internet. Trata-se de uma questão estrutural que reproduz desigualda-

des históricas e impede que grandes parcelas da população exerçam plenamente sua cidadania e usufruam dos serviços públicos.

Esse paradoxo da modernidade coloca em xeque a eficácia da digitalização na promoção da inclusão social. Em vez de facilitar o acesso, as exigências tecnológicas podem acentuar a exclusão, transformando a promessa de eficiência em obstáculo. Silva (2020, p. 112) lembra que *“a inovação tecnológica no setor público deve estar atrelada a medidas de inclusão digital e de suporte, sob pena de se tornar um instrumento de desigualdade”*.

Portanto, o verdadeiro desafio da modernização do INSS não está apenas na adoção de novas ferramentas, mas na construção de um modelo híbrido que combine tecnologia e atendimento humano. A inovação deve ser instrumento de inclusão, garantindo que todos os cidadãos, independentemente de sua condição social ou digital, tenham acesso pleno e efetivo aos seus direitos.

5 LETRAMENTO DIGITAL COMO CONDIÇÃO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

O avanço tecnológico no setor público trouxe novos paradigmas para o acesso a direitos sociais, especialmente no âmbito da Previdência Social. A digitalização dos serviços do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) possibilitou maior celeridade processual e a ampliação de ferramentas de consulta e requerimento online. Entretanto, essa transformação não se mostra suficiente para assegurar o acesso universal, uma vez que a mera disponibilização de canais digitais não elimina a barreira imposta pela ausência de letramento digital entre amplos setores da população brasileira.

O conceito de letramento digital ultrapassa a simples habilidade de operar dispositivos eletrônicos ou acessar a internet. Trata-se de uma competência mais ampla, que envolve a capacidade de compreender informações, interpretar instruções, interagir com sistemas digitais de forma crítica e segura, e reconhecer os impactos sociais e jurídicos dessas interações. Nesse sentido, Vitiello (2010, p. 61) destaca que o letramento digital não se reduz a um conhecimento técnico, mas constitui uma prática social vinculada ao exercício da cidadania e à possibilidade de inclusão em novos espaços de participação.

No contexto previdenciário, essa distinção é crucial. Muitos segurados, especialmente idosos, pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, analfabetos funcionais e moradores de regiões periféricas ou rurais, ainda que tenham acesso a um smartphone ou conexão à internet, encontram dificuldades em realizar tarefas aparentemente simples, como baixar o aplicativo “Meu INSS”, digitalizar documentos ou acompanhar o andamento de um requerimento. O

resultado é a perpetuação de desigualdades: os que dominam o ambiente digital têm acesso facilitado a seus direitos, enquanto os demais permanecem excluídos, configurando uma violação indireta do princípio constitucional da isonomia.

Além disso, a ausência de letramento digital coloca em risco o princípio da dignidade da pessoa humana, pois impede que cidadãos em condições de vulnerabilidade exerçam plenamente seus direitos previdenciários. A dificuldade em interagir com os sistemas digitais do INSS não é apenas um problema operacional, mas um obstáculo estrutural ao acesso à justiça em sentido material, uma vez que restringe o contato com a ordem jurídica justa e perpetua a marginalização daqueles que mais dependem da proteção social.

Superar essa barreira exige a adoção de políticas públicas voltadas não apenas à expansão da conectividade, mas à formação digital dos usuários. Isso implica oferecer capacitações em linguagem acessível, materiais didáticos adequados, apoio presencial em agências e parcerias com escolas, universidades e organizações comunitárias. Conforme salienta Vitiello (2010, p. 75), a apropriação crítica das tecnologias digitais deve ser compreendida como elemento de emancipação social, permitindo que os sujeitos se tornem participantes ativos na sociedade e não meros consumidores de informação.

Nesse sentido, o letramento digital deve ser compreendido como parte do próprio direito fundamental de acesso à justiça, pois possibilita que o cidadão se aproprie das ferramentas tecnológicas disponíveis e necessárias para reivindicar seus direitos. A efetividade da cidadania, em um cenário de crescente digitalização, depende não apenas do desenho normativo e processual, mas também da capacidade do Estado em assegurar que todos tenham condições reais de interagir com os sistemas digitais que mediam o exercício de seus direitos sociais.

Assim, a discussão sobre o letramento digital insere-se diretamente no debate da justiça social e da democratização do processo administrativo previdenciário. Sem essa base, a modernização tecnológica corre o risco de reforçar desigualdades históricas, convertendo-se em uma nova forma de exclusão. Ao contrário, quando acompanhado de políticas inclusivas e de apoio pedagógico, o letramento digital se transforma em instrumento de emancipação, permitindo que os cidadãos não apenas acessem, mas também compreendam e participem ativamente da realização de seus direitos previdenciários.

6 O IMPACTO DA EXCLUSÃO DIGITAL NO ACESSO À JUSTIÇA PREVIDENCIÁRIA

A crescente digitalização dos serviços públicos, especialmente no âmbito da justiça previdenciária, tem se mostrado um desafio significativo para uma parcela considerável da população brasileira, que, em sua grande maioria, já chega ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em situação de

vulnerabilidade social e econômica. O acesso aos serviços previdenciários, que tem como objetivo oferecer amparo financeiro, saúde e outros direitos essenciais, acaba sendo comprometido pela exclusão digital, afetando diretamente a eficácia do sistema de seguridade social. Quando o INSS adota a digitalização como modelo predominante de atendimento, torna-se crucial refletir sobre como esse processo impacta quem, por vezes, já chega ao atendimento previdenciário com necessidades urgentes e problemas que demandam suporte imediato.

Não pode ser ignorado que uma parcela significativa dos cidadãos que buscam o INSS não o faz por conveniência, mas sim por necessidade. Muitas vezes, essas pessoas já enfrentam desafios econômicos, questões de saúde ou outras situações de vulnerabilidade que exigem a imediata solicitação de benefícios como aposentadoria, auxílio-doença, pensão por morte, entre outros. Ao procurar o INSS, essas pessoas não estão apenas buscando um serviço; estão, na maioria das vezes, buscando uma rede de apoio crucial para a manutenção de sua dignidade e sobrevivência. A transição para um atendimento digital, sem considerar as especificidades desses indivíduos, cria uma série de barreiras que só agravam ainda mais a situação de vulnerabilidade.

O impacto dessa mudança no acesso à justiça previdenciária torna-se ainda mais evidente quando analisamos os obstáculos que surgem para os grupos mais vulneráveis, como idosos, pessoas com deficiência, analfabetos e moradores de regiões periféricas ou de difícil acesso. Esses grupos frequentemente enfrentam uma combinação de fatores que dificultam o acesso às plataformas digitais, como a falta de dispositivos adequados, dificuldades no uso de tecnologias e a carência de uma conexão de internet estável e acessível. Para muitos, a simples tarefa de navegar em um site ou realizar um agendamento online pode ser uma barreira intransponível. Essa realidade é ainda mais grave quando se considera que o objetivo do sistema previdenciário é, justamente, garantir direitos fundamentais e proporcionar segurança social.

Como ressaltam Siqueira, Gmach e Siqueira (2024), “a exclusão digital nos serviços públicos prejudica diretamente os direitos de uma grande parte da população, especialmente os que estão em situação de vulnerabilidade social, uma vez que a falta de letramento digital ou de infraestrutura impede o exercício pleno da cidadania”. O acesso ao INSS, que deveria ser facilitado como um direito básico, torna-se uma luta em si mesma. O atendimento remoto, ao invés de proporcionar uma maior facilidade, acaba impondo uma nova forma de exclusão, já que muitas dessas pessoas são desprovidas das condições mínimas para acessar os serviços, ou se deparam com sistemas burocráticos e complexos que acabam agravando ainda mais sua vulnerabilidade.

A exclusão digital também afeta diretamente o Princípio da Informalidade, que busca facilitar o acesso dos cidadãos aos serviços da Previdência Social,

permitindo que eles mesmos realizem seus pedidos, sem a exigência de formalidades complexas ou da representação por um profissional legal. Como reforça Chueiri (2017, p. 102), *“a exclusão digital compromete o exercício da cidadania plena, uma vez que limita a fruição de direitos e dificulta o acesso a políticas públicas essenciais”*.

Quando um cidadão não consegue acessar os serviços do INSS devido a dificuldades com a tecnologia, o direito à seguridade social é comprometido, e muitos se veem forçados a buscar apoio jurídico para resolver questões que, em um sistema mais acessível, poderiam ser solucionadas diretamente nas agências ou via canais mais humanizados. No entanto, a busca por assistência jurídica exige mais tempo, recursos financeiros e uma rede de apoio, fatores que nem todos possuem.

Além disso, a digitalização tem um efeito negativo no acompanhamento de processos. A possibilidade de acompanhar o andamento de benefícios de forma online tem se tornado um desafio adicional para aqueles que não têm familiaridade com as plataformas digitais ou não têm acesso a recursos tecnológicos. A insegurança em relação ao andamento de processos e a falta de informações claras e acessíveis podem gerar ainda mais angústia para quem já está enfrentando dificuldades financeiras e de saúde.

A exigência de um “letramento digital” mínimo para acessar serviços essenciais, como a solicitação de um benefício previdenciário, representa uma barreira adicional para a população que mais depende do INSS. Isso reforça um ciclo de exclusão e marginalização, onde aqueles que estão em condições de vulnerabilidade, já por si mesmos mais afetados por desigualdades sociais, acabam sendo excluídos do sistema que deveria lhes oferecer proteção. A busca por justiça previdenciária se torna, assim, um desafio ainda maior para uma parte significativa da população.

Ademais, a redução do atendimento presencial nas agências do INSS, muitas vezes justificada pela modernização e otimização de recursos, acaba intensificando esse cenário de inacessibilidade. Embora a digitalização possa representar ganhos em termos de agilidade e eficiência, a diminuição do atendimento físico sem considerar as dificuldades dos cidadãos mais vulneráveis apenas contribui para a ampliação da exclusão social. A falta de alternativas adequadas, como serviços de apoio presencial para aqueles que não conseguem acessar os canais digitais, é uma falha crítica no sistema.

Portanto, é imperativo repensar a implementação de sistemas digitais no contexto previdenciário. A digitalização deve ser acompanhada de medidas inclusivas, que garantam a acessibilidade a todos os cidadãos, principalmente os mais vulneráveis. A criação de canais de atendimento híbridos, que conciliem a modernização tecnológica com a presença humana, é uma estratégia essencial para garantir que a justiça previdenciária seja acessível a todos, sem exceção.

7 ANÁLISE DAS BARREIRAS DE ACESSO NA PRÁTICA: O ATENDIMENTO REMOTO E SUAS IMPLICAÇÕES

A implementação do atendimento remoto como principal modalidade de interação entre o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e seus usuários, intensificada durante e após o período pandêmico, evidenciou uma série de barreiras que afetam uma parcela significativa da população. Embora a transição para o atendimento predominantemente online e telefônico tenha sido apresentada como uma medida de modernização, a realidade revela um cenário onde, para muitos, a conveniência para alguns contrasta com a exclusão para outros, especialmente para aqueles que enfrentam limitações tecnológicas ou de conhecimento.

Um dos principais obstáculos é a dificuldade de agendamento do atendimento presencial. Embora o agendamento esteja teoricamente disponível através de canais digitais e telefônicos, a realidade mostra que muitos usuários, especialmente os de menor familiaridade tecnológica, enfrentam dificuldades consideráveis. A navegação em interfaces digitais complexas ou a necessidade de realizar chamadas telefônicas com menus confusos e longas esperas constituem barreiras substanciais. Tais dificuldades resultam em exclusões, especialmente para os mais vulneráveis, que acabam sem acesso ao atendimento presencial que necessitam. Segundo as observações de Pereira (2020), a inadequação de ferramentas digitais para esse público configura uma forma de “exclusão digital” que impede a efetivação de direitos.

Além disso, a própria natureza do atendimento remoto, seja por telefone ou plataformas digitais, cria desafios adicionais para grupos específicos, como idosos ou pessoas com deficiência. A comunicação por telefone pode ser complicada para aqueles com problemas de audição ou dificuldades de expressão verbal, o que é agravado pela falta de contato físico. O atendimento virtual, por sua vez, exige um nível de letramento digital e acesso adequado a equipamentos, o que nem todos os usuários do INSS possuem. De acordo com a pesquisa de Lima e Silva (2019), a escassez de infraestrutura tecnológica e a falta de habilidades digitais entre a população mais velha ampliam as desigualdades no acesso aos serviços públicos.

Essas barreiras se intensificam quando se trata de processos que exigem a digitalização de documentos e o acompanhamento online dos procedimentos. A exigência de digitalizar e anexar documentos em formatos específicos, além da necessidade de acompanhar o andamento do processo online, representa uma dificuldade significativa para aqueles que não têm as habilidades ou recursos tecnológicos necessários. A tarefa de obter informações sobre o andamento de um benefício, que anteriormente poderia ser feita com o auxílio de um atendente presencial, transforma-se em um complexo processo de navegação pelas

plataformas digitais. Nesse sentido, Costa (2021) afirma que a digitalização dos serviços sem medidas de apoio para a população mais vulnerável configura um obstáculo adicional à inclusão social e ao pleno exercício dos direitos.

Exemplos concretos, como o caso de um idoso rural com baixa escolaridade e sem acesso regular à internet, evidenciam as dificuldades vivenciadas por muitos cidadãos. Ao procurar uma agência do INSS em busca de informações sobre aposentadoria, ele é orientado a realizar todos os procedimentos online, o que para ele é incompreensível, dado o seu desconhecimento tecnológico. Essa situação, infelizmente comum, ilustra como a priorização do atendimento remoto, sem alternativas acessíveis, pode resultar na negação de direitos fundamentais, como alerta Oliveira (2018), que discute como a falta de apoio para os mais vulneráveis em processos de digitalização pode ser vista como uma forma de desatendimento.

Portanto, a análise das implicações práticas do atendimento remoto no INSS revela que, embora ele possa beneficiar uma parcela da população com acesso à tecnologia, impõe barreiras significativas aos mais vulneráveis. A redução do atendimento presencial, a complexidade dos agendamentos online e as dificuldades de interação por meios remotos destacam a necessidade urgente de repensar as estratégias de atendimento. Uma abordagem híbrida, que combine a modernização dos serviços com a garantia de acesso universal e humanizado, é essencial para assegurar que todos os cidadãos tenham pleno acesso aos serviços previdenciários, independentemente de sua familiaridade com as novas tecnologias.

8 O SERVIÇO SOCIAL NA PREVIDÊNCIA SOCIAL E A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL (ART. 88 DA LEI Nº 8.213/91)

O artigo 88 da Lei nº 8.213/91 estabelece que o serviço social no âmbito da Previdência Social tem por finalidade propiciar, por meio de ação integrada, o conhecimento e o acesso aos direitos previdenciários, bem como participar do processo de habilitação e reabilitação profissional dos segurados. Esta definição legal não apenas reconhece o papel técnico do assistente social, mas o reposiciona como ator fundamental na promoção da cidadania e na mediação entre Estado e sociedade, sobretudo nos contextos marcados por desigualdades estruturais.

A partir dessa concepção, a atuação do serviço social deve ser interpretada como estratégia de promoção do acesso à justiça – entendida em sua dimensão substantiva, ou seja, como efetivação dos direitos sociais. O acesso à justiça, neste caso, não se limita à jurisdição formal, mas compreende o acesso pleno aos meios e instrumentos necessários para garantir a fruição dos direitos previs-

tos em lei, principalmente para populações em situação de vulnerabilidade. O serviço social previdenciário, portanto, torna-se ponte entre o sujeito de direitos e as instituições públicas, contribuindo para a construção de uma política pública mais equânime e sensível às desigualdades sociais.

Com a implementação do *INSS Digital* e a intensificação dos atendimentos por plataformas tecnológicas, essa mediação tornou-se ainda mais relevante. A transição do atendimento presencial para o digital tem como objetivo a desburocratização e maior agilidade na concessão de benefícios. No entanto, essa modernização do serviço público tem produzido novos mecanismos de exclusão, particularmente no que tange à exclusão digital – fenômeno que se refere não apenas à ausência de acesso à internet, mas também à ausência de letramento digital e de suporte técnico para a utilização dos canais eletrônicos.

Segundo a pesquisa TIC Domicílios 2021 (CGI.br, 2022), 17 milhões de brasileiros não usam a internet, sendo os principais excluídos os idosos, pessoas com baixa renda e escolaridade, moradores da zona rural e mulheres chefes de família. Além disso, entre os que acessam a internet, muitos têm dificuldade para navegar em portais complexos, como o *Meu INSS*, e interpretar as informações disponíveis. Este dado evidencia que a digitalização dos serviços, quando não acompanhada de políticas de inclusão digital e acolhimento, pode, paradoxalmente, restringir ainda mais o acesso à seguridade social – invertendo a lógica do princípio da universalidade de atendimento (art. 194, CF/88).

Nesse cenário, o Art. 88 ganha renovada importância. A previsão legal deve ser lida à luz da realidade contemporânea: o serviço social é chamado a agir não apenas como facilitador do acesso físico aos serviços, mas como mediador tecnológico, educativo e crítico, diante das barreiras digitais impostas à população. A sua atuação precisa, portanto, ultrapassar os limites da reabilitação profissional e incorporar dimensões de orientação digital, educação previdenciária e advocacia institucional.

Formas de atuação do serviço social frente à exclusão digital:

1. Educação Previdenciária com foco digital: promover oficinas e ações educativas com linguagem acessível, ensinando o uso dos sistemas como o *Meu INSS*, aplicativos e portais de serviços. Essa prática pode ser realizada em articulação com CRAS, CREAS e ONGs comunitárias.
2. Atendimento itinerante e territorializado: retomar o atendimento presencial em comunidades com menor acesso digital, levando informação, escuta qualificada e orientação documental – inclusive para fins de instrução de recursos administrativos.
3. Parcerias com instituições de ensino: os serviços sociais do INSS podem firmar parcerias com universidades e institutos federais para programas de extensão voltados à inclusão digital dos segurados.

4. Advocacia institucional: propor, dentro do INSS, a construção de uma política de inclusão digital permanente, com critérios que assegurem atendimento humanizado a idosos, pessoas com deficiência, analfabetos e populações indígenas e quilombolas.
5. Produção de materiais acessíveis: elaborar e distribuir cartilhas, vídeos e tutoriais com linguagem simples e visualmente amigável, voltados para públicos diversos, inclusive com versões em Libras e em áudios.
6. Incidência política: o serviço social pode colaborar na construção de diagnósticos e relatórios técnicos que subsidiem a formulação de políticas públicas mais inclusivas, com base nos princípios da seguridade social, da equidade e da justiça social.

Assim, reafirma-se que o serviço social, quando atua conforme o comando do Art. 88, deixa de ser um mero suporte técnico e assume o protagonismo na luta pela efetividade de direitos – especialmente em um tempo de automação e digitalização do atendimento público. A presença de um profissional capacitado para realizar o acolhimento, a escuta ativa e a orientação com base nos direitos do usuário transforma o serviço em uma trincheira de resistência contra a exclusão informacional, digital e social.

Portanto, a valorização da categoria e a ampliação de sua presença nos equipamentos públicos são condições imprescindíveis para que a transição digital não aprofunde ainda mais o abismo entre aqueles que têm pleno acesso à informação e os que permanecem à margem da cidadania previdenciária.

9 ESTRATÉGIAS PARA A SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS: PROMOVENDO UM ACESSO HUMANIZADO E INCLUSIVO

A superação das barreiras de acesso aos serviços previdenciários, especialmente em um contexto digital crescente, demanda a implementação de estratégias eficazes que garantam a inclusão e o atendimento humanizado. A modernização dos serviços do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) não deve excluir os grupos mais vulneráveis, como idosos e pessoas em situação de baixa escolaridade. Estudos sobre inclusão digital e acessibilidade evidenciam que, sem o apoio de políticas públicas adequadas, a digitalização pode se transformar em um obstáculo ao invés de uma solução (Warschauer, 2003; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021). A transformação digital deve, portanto, ser acompanhada de ações que garantam um acesso igualitário, atendendo às necessidades diversas de uma população heterogênea.

Uma das principais estratégias é garantir que a digitalização não substitua completamente o atendimento presencial, especialmente para os grupos que têm dificuldades no uso de novas tecnologias. A presença física das agências

do INSS continua sendo crucial, principalmente para aqueles que não possuem acesso à internet ou não estão familiarizados com plataformas digitais. A experiência de órgãos públicos como os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), que mantêm um atendimento presencial humanizado e eficaz, pode servir de modelo. É importante que os servidores do INSS recebam capacitação contínua, com ênfase na escuta ativa, em uma linguagem acessível, e na empatia, considerando as especificidades de cada público.

Além disso, a implementação de programas de inclusão digital assistida é uma medida essencial. Estes programas devem ser voltados para a capacitação dos cidadãos, oferecendo espaços de acesso à internet com suporte técnico e instrutores capacitados para ensinar o uso das plataformas do INSS. A criação de telecentros comunitários ou parcerias com organizações da sociedade civil pode ser uma solução eficaz, como demonstrado em países como Portugal, onde programas voltados para a alfabetização digital de idosos têm demonstrado resultados positivos. Isso não só contribui para a autonomia das pessoas, mas também promove a inclusão digital e a participação cidadã.

Outro aspecto fundamental é a adaptação das plataformas digitais do INSS para garantir a acessibilidade a todos os usuários, independentemente de seu nível de letramento ou habilidades tecnológicas. A adoção de princípios de design universal, como recomendado pelo W3C (2018), permite que as plataformas sejam mais intuitivas, utilizando interfaces simplificadas, tutoriais em diversos formatos (vídeos, áudios e textos com fontes maiores) e suporte técnico online, disponível em tempo real. Essa abordagem facilita o acesso a pessoas com diferentes necessidades, incluindo aquelas com deficiências.

No contexto de uma população com acesso limitado às tecnologias, as campanhas de informação também desempenham um papel crucial. As campanhas de educação previdenciária precisam atingir uma ampla gama de públicos, utilizando canais variados, como rádio, televisão, materiais impressos e encontros comunitários, para que as informações sobre direitos e procedimentos do INSS cheguem de forma clara e acessível. É necessário que essas campanhas adotem uma linguagem simples e ofereçam orientação contínua sobre como acessar e utilizar os serviços previdenciários.

Por fim, a criação de canais de atendimento específicos e facilitados para os grupos mais vulneráveis é essencial para garantir que eles possam exercer seus direitos sem dificuldades. Linhas telefônicas exclusivas, guichês prioritários nas agências, e a possibilidade de representação por terceiros, com procuração simplificada, podem ajudar a desburocratizar o acesso aos serviços do INSS, tornando-os mais acessíveis e menos sobrecarregados.

Essas estratégias, alinhadas a um compromisso com a humanização do atendimento e a inclusão digital, são fundamentais para garantir que todos os ci-

dadãos, independentemente de sua condição socioeconômica ou idade, possam acessar os serviços previdenciários de forma plena e equitativa.

10 AÇÕES COLETIVAS: INSTRUMENTO PROCESSUAL PARA GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL

O ideal de uma ordem jurídica justa, consagrado na Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado o dever de organizar seu sistema jurídico de forma a garantir não apenas a legalidade formal, mas a realização concreta dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o acesso à justiça surge como um direito fundamental instrumental, sem o qual os demais direitos permanecem como promessas normativas vazias. O acesso efetivo à justiça implica não apenas a possibilidade de peticionar ao Judiciário, mas também a existência de meios adequados, céleres e inclusivos que permitam a resolução de conflitos e a tutela de direitos em igualdade de condições. Trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, condição indispensável para a legitimidade das instituições e para a inclusão social.

Como destaca Jônatas Luiz Moreira de Paula (2019), “em um Estado democrático de direito, o acesso à justiça não deve ser visto como um direito meramente formal, mas como uma ferramenta essencial para garantir que todos os cidadãos, independentemente de sua condição social ou econômica, possam ver seus direitos efetivamente reconhecidos e protegidos” (Moreira de Paula, 2019, p. 88). Essa compreensão impõe uma redefinição das formas tradicionais de atuação do sistema de justiça, exigindo modelos mais flexíveis e sensíveis à realidade das populações vulnerabilizadas.

Nesse cenário, as ações coletivas despontam como instrumento processual privilegiado para a construção de uma ordem jurídica verdadeiramente justa. Ao permitir a tutela jurisdicional de interesses transindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos –, as ações coletivas rompem com a estrutura individualista do processo civil tradicional e se voltam para a realidade concreta das massas, especialmente aquelas que, por razões econômicas, culturais ou tecnológicas, enfrentam barreiras para litigar individualmente.

Conforme afirma Luiz Manoel Gomes Júnior (2021), “na sociedade da informação e da tecnologia, as ações coletivas representam ferramenta indispensável para assegurar o acesso à justiça em face de novas formas de desigualdade digital, garantindo a efetividade de direitos fundamentais frente à administração pública e a grandes corporações” (Gomes Júnior, 2021, p. 51). As transformações sociais e tecnológicas, sobretudo com a digitalização dos serviços públicos e da própria Justiça, impuseram novos desafios ao sistema processual. A dependência de plataformas digitais, por exemplo, tem revelado desigualdades estruturais que afetam diretamente o princípio da isonomia.

Embora o avanço tecnológico traga inegáveis benefícios à administração da justiça, ele também pode funcionar como instrumento de exclusão, especialmente para idosos, pessoas com deficiência, comunidades periféricas, moradores de áreas rurais e cidadãos com baixo letramento digital. O processo civil, nesse contexto, não pode se tornar cúmplice da exclusão digital. Ao contrário, deve atuar como mecanismo de correção de distorções, assegurando que a inclusão seja uma diretriz e não um obstáculo.

As ações coletivas, portanto, oferecem respostas estruturais a tais desafios. Elas viabilizam a defesa de direitos de grupos inteiros que compartilham da mesma situação de vulnerabilidade, sem necessidade de múltiplos processos individuais que sobrecarregam o Judiciário e que muitas vezes não são acessados pela população mais pobre. Podem ser utilizadas, por exemplo, para exigir do Estado a oferta de canais alternativos de atendimento aos digitais, o aprimoramento da acessibilidade de plataformas públicas, a capacitação de servidores públicos para atendimento assistido, bem como políticas públicas de inclusão digital, como cursos de alfabetização tecnológica em comunidades carentes e escolas públicas.

A relevância das ações coletivas como mecanismo de transformação social é ainda mais evidente quando se observa sua aplicação no processo administrativo previdenciário, que frequentemente se apresenta como a única via para o exercício de direitos sociais fundamentais. A atuação coletiva, nesse contexto, pode exigir a ampliação de prazos, o atendimento presencial a populações sem acesso à internet ou mesmo a revisão de exigências desproporcionais impostas administrativamente, que excluem cidadãos em situação de vulnerabilidade.

Ao tratar da importância da atuação jurisdicional voltada à concretização de direitos sociais, Marinoni (2014) afirma que “a tutela coletiva é essencial não apenas para a eficiência do processo, mas para a justiça social: trata-se de uma forma de assegurar que o Judiciário cumpra sua função democrática, protegendo direitos fundamentais em larga escala e combatendo práticas discriminatórias, mesmo que de forma indireta, como ocorre nas barreiras tecnológicas impostas sem critérios de inclusão” (Marinoni, 2014, p. 73).

A ação coletiva, portanto, não é apenas um meio de otimização judicial, mas um instrumento político e social de democratização do processo. Ao facilitar o ingresso de demandas que dificilmente seriam levadas ao Judiciário por via individual, ela amplia o alcance da jurisdição e legitima sua atuação. Sua estrutura permite, ainda, a fixação de obrigações de fazer, políticas públicas e indenizações coletivas, com impacto direto na vida de milhares de pessoas.

O Estado Democrático de Direito exige um Judiciário comprometido com a concretização dos direitos fundamentais, e isso só será possível se houver instrumentos adequados para lidar com os problemas complexos da sociedade contemporânea. O processo não pode ser um espaço de privilégio para

poucos; deve ser um espaço de participação, de inclusão e de construção coletiva de justiça.

Em tempos de exclusão digital, precarização dos serviços públicos e aumento das desigualdades, a atuação coletiva se apresenta como uma exigência da cidadania substancial. Por isso, as ações coletivas não devem ser vistas apenas como um recurso extraordinário, mas como uma modalidade natural e desejável de acesso à justiça, sobretudo quando se busca a construção de uma ordem jurídica verdadeiramente justa, inclusiva e democrática.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta análise evidenciou que a modernização dos serviços do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), embora prometa maior eficiência e agilidade, paradoxalmente introduziu barreiras significativas ao acesso, especialmente para os segmentos mais vulneráveis da população brasileira. A crescente digitalização, aliada à redução do atendimento presencial, expôs a fragilidade de um sistema que, ao buscar a inovação, corre o risco de aprofundar a exclusão digital e a injustiça social.

A fase administrativa se reafirma como porta de entrada essencial para a garantia de direitos previdenciários, intrinsecamente ligada ao direito fundamental de acesso à justiça. Contudo, a efetividade desse acesso é comprometida quando a falta de familiaridade com a tecnologia, a ausência de infraestrutura digital adequada e a carência de habilidades digitais básicas impedem que idosos, analfabetos e pessoas em vulnerabilidade exerçam seus direitos plenamente. As dificuldades enfrentadas por esses grupos no uso do atendimento remoto para tarefas básicas como requerer benefícios, agendar atendimentos e acompanhar processos foram amplamente demonstradas. Superar essas barreiras é, portanto, uma necessidade urgente para construir um sistema previdenciário verdadeiramente inclusivo. Estratégias como a manutenção e o fortalecimento do atendimento presencial acessível, a implementação de programas de inclusão digital assistida, a adaptação das plataformas digitais para diferentes níveis de letramento, o investimento em campanhas de informação e canais de atendimento específicos para grupos vulneráveis, e o fortalecimento do papel do serviço social como mediador e facilitador do acesso digital, são cruciais para garantir que a modernização sirva a todos, promovendo a inclusão plena. Além disso, as ações coletivas, como ferramentas do processo civil, mostram-se relevantes para a defesa conjunta de direitos de grupos vulneráveis, questionando práticas excludentes e buscando plataformas digitais acessíveis, contribuindo para a equidade social.

Essa estratégia de superação de obstáculos fica bem sintetizada na figura a seguir, que resume as principais estratégias de inclusão e de melhorias no acesso à justiça na fase do processo administrativo do INSS:

Acesso Humanizado e Inclusivo



Atendimento Presencial

Manter e fortalecer o atendimento presencial, especialmente para grupos vulneráveis.



Inclusão Digital Assistida

Programas de capacitação com suporte técnico e instrutores.



Plataformas Acessíveis

Adaptar interfaces digitais com design universal e tutoriais.



Campanhas de Informação

Educação previdenciária em diversos canais e linguagem simples.



Canais Específicos

Atendimento facilitado para grupos vulneráveis (linhas exclusivas, guichês prioritários).

O futuro do acesso aos serviços do INSS depende do equilíbrio entre inovação tecnológica e responsabilidade social. O desafio é construir um modelo de atendimento híbrido, que explore os benefícios da digitalização sem negligenciar as necessidades daqueles à margem do mundo digital. Isso exige atenção às especificidades dos usuários, políticas públicas inclusivas e um compromisso contínuo com a humanização do atendimento.

Em última análise, garantir o acesso universal aos serviços do INSS é um imperativo ético e constitucional. A Previdência Social, pilar da proteção social no Brasil, deve ser acessível a todos, independentemente de idade, escolaridade ou familiaridade com a tecnologia. O futuro do acesso aos direitos previdenciários passa pela construção de pontes entre modernidade e inclusão, assegurando que a promessa de proteção social alcance cada cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

CHUEIRI, Miriam Fecchio. *Exclusão digital e inclusão social: desafios para a cidadania na era da informação*. Curitiba: CRV, 2017.

- COSTA, Rodrigo Mendes. *Inclusão digital e acesso aos serviços públicos: desafios no contexto da sociedade da informação*. São Paulo: Editora Unesp, 2021.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021*. São Paulo: FBSP, 2021.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Devido processo legal e acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ações coletivas e acesso à justiça na sociedade da informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- HALLIDAY, David; RESNICK, Robert; WALKER, Jearl. *Fundamentos de física*. 10. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.
- MALLOY, James M. *Política de bem-estar social no Brasil: o caso do INSS*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela coletiva: acesso à justiça e efetividade dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- O'REILLY, Tim. Government as a Platform. In: LATHROP, Daniel; RUMA, Jennifer (orgs.). *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*. Sebastopol: O'Reilly Media, 2011. p. 11-39.
- OLIVEIRA, Sérgio Ricardo. *A exclusão digital no atendimento público: desafios para a cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *O acesso à justiça e a efetivação dos direitos sociais no processo administrativo previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- PEREIRA, Lucas Fernandes. *Tecnologia e exclusão: barreiras digitais no serviço público*. Brasília: Editora do Senado, 2020.
- RAMOS, Maria Lúcia. *Acessibilidade à ordem jurídica justa*. Curitiba: Juruá, 2018.
- SIQUEIRA, Pedro Antônio; GMACH, Daniel Pires; SIQUEIRA, Rodrigo Tavares. Vulnerabilidade social e exclusão digital no acesso aos serviços públicos previdenciários. *Revista Brasileira de Serviço Social*, v. 18, n. 2, p. 99-114, 2024.
- SILVA, José Antônio da. *Inclusão digital e cidadania: desafios para a administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- VITIELLO, Marcelo. *Letramento digital e cidadania*. São Paulo: Cortez, 2010.
- WARSCHAUER, Mark. *Technology and social inclusion: rethinking the digital divide*. Cambridge: MIT Press, 2003.

Legislação

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 maio 1999.
- BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1991.
- BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 dez. 1993.
- BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 fev. 1999.
- W3C. *Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) 2.1*. 2018. Disponível em: <https://www.w3.org/TR/WCAG21/>. Acesso em: 25 ago. 2025.
- CGI.br. *Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros – TIC Domicílios 2021*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2022.

Julgados e Documentos Oficiais

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631240/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2014.
- DEUTSCHE WELLE. Como funcionava o esquema bilionário de fraude no INSS. *UOL Notícias*, 24 abr. 2025. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2025/04/24/como-funcionava-o-esquema-bilionario-de-fraude-no-inss.htm>. Acesso em: 25 ago. 2025.

LEITÃO, Miriam. Fraude no INSS: preocupação dos Procons é com a indenização de aposentados e pensionistas descontados indevidamente. *O Globo*, 26 abr. 2025. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/miriam-leitao/post/2025/04/fraude-no-inss-preocupacao-dos-procons-e-com-a-indenizacao-de-aposentados-e-pensionistas-descontados-indevidamente.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2025.

LEITÃO, Miriam. INSS: esquema fraudulento atravessou governos, faltou controle e ouvir as vítimas. *O Globo*, 25 abr. 2025. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/miriam-leitao/post/2025/04/inss-esquema-fraudulento-atravessou-governos-faltou-controle-e-ouvir-as-vitimas.ghtml>. Acesso em: 25 ago. 2025.

Os processos estruturais são espécie do gênero “Tutela Coletiva”, tema do mais alto relevo no direito processual civil contemporâneo, mercê das prementes necessidades sociais na pós-modernidade, a demandar novas soluções para os problemas relacionados ao revolvimento das estruturas burocráticas do Estado e das instituições como um todo. O processo estrutural rompe a lógica tradicional do processo, antes voltada à resolução de conflitos individuais, para açambarcar lides multipolares, mediante flexibilidade procedimental, construção de planos de trabalho, supervisão judicial contínua, prolação de decisões em cascata e forte diálogo institucional. Trata-se de uma obra moderna, atual e de leitura obrigatória, cujos artigos abordam aspectos relevantes do processo coletivo.

AUTORES

Alex Matoso Silva
Bruno Smolarek Dias
Carlos Eduardo Malinowski
Davi Reis Salles Bueno Pirajá
Diego Bianchi de Oliveira
Fabrício Batista de Souza
Ferdinando Scremin Neto

Fredie Didier Jr.
Flávia Estante Toesca
Jussara Nasser Ferreira
Maria Carolina Silveira Beraldo
Leandro Fernandez
Luciano Roberto Del Duque
Luiz Manoel Gomes Junior

Paulo César Nunes da Silva
Rafael Rodrigues Coelho Belo
Samária França Maciel Zagretti
Valter Sarro de Lima
Vanessa Yume de Souza Dinizz